





ISSN 0120-1867  
Estud. Derecho

# **ESTUDIOS DE DERECHO**

**DIRECTOR**  
**Raúl Humberto OCHOA CARVAJAL**

**UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**  
**MEDELLÍN, COLOMBIA, SURAMÉRICA**

Año LXVII —segunda época— Diciembre de 2010  
Volumen LXVII, N° 150



**ESTUDIOS DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA**

**RECTOR**

Alberto URIBE CORREA

**DECANO**

Hernán Darío VERGARA MESA

**DIRECTOR**

Raúl Humberto OCHOA CARVAJAL

**COMITÉ EDITORIAL**

María Cristina GÓMEZ ISAZA	Doctora en Derecho Decana Facultad de Derecho Universidad Pontificia Bolivariana
Olga Lucía LOPERA QUIROZ	Magíster en Lingüística Directora Centro de Investigaciones Jurídicas Universidad de Antioquia
Diego Eduardo LÓPEZ MEDINA	Doctor en Derecho Profesor Facultad de Derecho Universidad de los Andes
Elena LARRAURI PIJOAN	Doctora en Derecho Profesora Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Barcelona
Juan Antonio GARCÍA AMADO	Doctor en Derecho Profesor Facultad de Derecho Universidad de León

**COMITÉ CIENTÍFICO**

Santiago SASTRE ARIZA	Profesor de la Universidad de Castilla La Mancha - España
Carlos GAVIRIA DÍAZ	Ex magistrado Corte Constitucional Profesor universitario - Colombia
Nuria TERRIBAS	Directora del Institut Borja de Bioética Universitat Ramon Llull - España
Ricardo HOYOS DUQUE	Ex magistrado Consejo de Estado Profesor universitario - Colombia

*Estudios de Derecho* aparece registrada en los siguientes índices y bases bibliográficas:

Publindex. Categoría B de Colciencias. Colombia

Lexbase. Colombia

Sociological Abstracts (Soc-Abs). Estados Unidos

GALE-CENGAGE Learning. Estados Unidos

International Bibliography of the Social Sciences (IBSS). Inglaterra

Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades (CLASE). México

Latindex. México

Tarifa postal reducida.

Se permite la reproducción de cualquier artículo de la revista *Estudios de Derecho*, siempre y cuando se cite la fuente y se remita a ésta una copia de la publicación

Valor de la suscripción anual en el país: \$20.000

Valor del número sencillo en el país: \$10.000

Valor de la suscripción en el exterior: US\$30

© Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de Antioquia

ISSN 0120-1867

Estud. Derecho

Impreso y hecho en Colombia / Printed and made in Colombia

Diagramación, impresión y terminación: Imprenta Universidad de Antioquia.

AUTORA DE OBRAS EN SEPARATAS

Adriana Botero Martínez estudió Diseño Publicitario en el Instituto de Bellas Artes y ha recibido cursos de fotografía, serigrafía, linóleo y animación digital.

Traductor de resúmenes: Julián Alberto Zambrano Sánchez, estudiante de Derecho de la Universidad de Antioquia y auxiliar administrativo revista *Estudios de Derecho*.

CANJE / EXCHANGE / PERMUTA / AUSTAUSCH VON PUBLIKATIONEM

*Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*

Universidad de Antioquia

Dirección: Calle 67 No. 53-108, Bloque 14, Oficina 112

Teléfono: (574) 219 58 55. Fax: 219 58 59

Correo electrónico: [rderecho@mitra.udea.edu.co](mailto:rderecho@mitra.udea.edu.co)

Página web:

<http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php?journal=red&page=issue&op=current>

Apartado aéreo 1226. Medellín, Colombia - Suramérica

Imprenta Universidad de Antioquia

Teléfono: (574) 219 53 30. Telefax: (574) 219 53 32

Correo electrónico: [imprenta@quimbaya.udea.edu.co](mailto:imprenta@quimbaya.udea.edu.co)

## MISIÓN

Publicación semestral de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia que constituye su órgano académico oficial. Su misión radica en contribuir al debate de las ideas en torno a las disciplinas del derecho y la política al publicar artículos producto de investigación y reflexión en dichas áreas, elaborados por autores nacionales y extranjeros, previa selección del Comité Editorial y aprobación por los árbitros de la Revista. Está dirigida a los abogados, filósofos, politólogos y, en general, a los estudiosos de estos asuntos.



**UNIVERSIDAD  
DE ANTIOQUIA**

1 8 0 3

“Alma Máter de la raza,  
invicta en su fecundidad”  
(Del Himno de la Universidad de Antioquia.  
Letra de Édgar Poe Restrepo)





# ÍNDICE

## EDITORIAL

<i>Raúl Humberto Ochoa Carvajal</i> .....	11
<b>La relación de causalidad en la valoración de la prueba en la responsabilidad médica administrativa, estudio de la jurisprudencia del Consejo de Estado</b>	
<i>Luis Bernardo Ruiz Jaramillo</i> <i>Óscar García Arcila</i> .....	13-38
<b>Antecedentes históricos de la idea de las sociedades comerciales como contratos en Colombia</b>	
<i>Norma Nieto Nieto</i> .....	39-60
<b>Pruebas psicosociales en derecho de infancia, adolescencia y familia</b>	
<i>Ángela María Quintero Velásquez</i> .....	61-83
<b>La pena en Kant: ¿retribucionista en lo moral, pero no en lo legal?</b>	
<i>Jorge Tirado Navarro</i> .....	85-112
<b>El diálogo y la concertación social</b>	
<i>Julio Armando Rodríguez Ortega</i> .....	113-134
<b>Cinco hitos institucionales que han configurado la historia de los servicios públicos domiciliarios en Medellín, 1890-2010</b>	
<i>Germán Darío Valencia Agudelo</i> .....	135-156
<b>Experiencias metodológicas en procesos investigativos en derecho</b>	
<i>Olga Lucía Lopera Quiroz</i> .....	157-172

<b>El Estado democrático liberal burgués, escenario para la búsqueda de los principios inspiradores de las codificaciones civil y mercantil</b>	<b>173-185</b>
<i>Mauricio Andrés Parra Cruz</i> .....	
<b>Relaciones entre los poderes ejecutivo y judicial: el caso del derecho administrativo</b>	<b>187-203</b>
<i>Miguel Malagón Pinzón</i> .....	
<b>Derechos de los reclusos en los pronunciamientos judiciales</b>	<b>205-227</b>
<i>Juan David Posada Segura</i> .....	
<b>El arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos en la administración pública</b>	<b>229-251</b>
<i>Loiralith Margarita Chirinos Portillo</i> .....	
<b>Estado social de derecho, “Estado comunitario” y “Estado de opinión”: la redefinición del Estado en los discursos del presidente Álvaro Uribe Vélez</b>	<b>253-276</b>
<i>Mario Montoya Brand</i> .....	
<b>De una crítica deleuziana de los derechos humanos hacia una jurisprudencia deleuziana de derechos humanos</b>	<b>279-302</b>
<i>Javier Aguirre</i> .....	
<b>El (neo) constitucionalismo colombiano: una representación ideológica del derecho</b>	<b>303-328</b>
<i>Dúber Armando Celis Vela</i> .....	

## EDITORIAL

### TIERRA Y DIGNIDAD.

En 1937, con ponencia de Miguel Moreno Jaramillo, la Corte Suprema de Justicia dio razón a muchos campesinos que sostenían pleitos como poseedores materiales frente a propietarios de la tierra en el campo. La Corte rescató jurídicamente el valor de la posesión en una sentencia pedagógica, equitativa y valiente. Hizo parte esa sentencia de muchas otras que le merecieron a la Corte de la época el epíteto de “Corte de Oro”. Estaba en boga el problema de la tierra en el campo. Acababa de ser promulgada la ley 200 de 1936, Ley de Tierras, que creaba en Colombia la extinción de dominio para los predios agrarios ociosos. Acababa también de concretarse una reforma a la Constitución, acto legislativo número 1 de 1936, en donde se hablaba de la propiedad como función social. Tanto la jurisprudencia, como la ley y el acto legislativo, trataron de buscar la equidad en el campo. Desde esa época, hasta ahora, es mucha la sangre y el dolor que han acompañado a los campesinos en la búsqueda de la tierra y casi nada lo que desde el Estado se ha hecho por ellos. Muchas leyes de reforma agraria se han quedado en los escritorios o han favorecido a los que no lo necesitaban. La violencia en nuestros campos tiene un componente de inequidad en la tenencia de la tierra que es de todos conocido. Este elemento ha sido un continuo potenciador de la violencia. Los grupos insurgentes han aprovechado con creces esta realidad.

Llegamos al año 2010. Se presenta un cambio de gobierno. En el gobierno anterior se dieron varios escándalos que tuvieron que ver con la tenencia de la tierra en el campo. Basta con mencionar los casos Carimagua y Agroseguro. El nuevo Gobierno y su Ministro de Agricultura, son conscientes de la situación en el campo. El problema de los desplazados irrita a cualquiera. La manera como se han entregado tierras por la oficina de estupefacientes y El Incoder a testaferros de paramilitares y políticos. La manera como se ha despojado de la tierra a campesinos en diversos sectores del país. Todo esto lo conoce el nuevo Gobierno y presenta, con carácter prioritario, el proyecto de ley de restitución de tierras. En la exposición de motivos se lee que “cerca de 750.000 hogares campesinos fueron desplazados de sus territorios por la fuerza en las últimas dos décadas, de los cuales 460.000 abandonaron un poco más de tres millones de hectáreas”. En palabras de uno de los paramilitares, “Unos íbamos matando, otros iban comprando y otros venían legalizando”. De otra parte, el gobierno ha reconocido que cerca del 50 % de los terrenos carecen de registro. Que el 70 % de los desplazados no tiene título alguno. El Ministro

Restrepo explicó que esta iniciativa prioritaria de su cartera no solo se concentrará en los mecanismos de restitución sino en una apuesta mayor por democratizar la propiedad rural en Colombia. Se restituirán anualmente 500 hectáreas. Se invertirá la carga de la prueba para favorecer a las víctimas frente a empresarios y nuevos propietarios en general.

Por supuesto que el proyecto tendrá enemigos. Rousseau afirmó que el origen de las guerras se dio cuando alguien, refiriéndose a la tierra, dijo: esto es mío. Los intereses que el proyecto toca, no son de poca monta y quienes están detrás de los despojos no se van a quedar quietos. Esto también lo sabe el gobierno. Lo que es cierto es que este proyecto es el más ambicioso en nuestro país en materia agraria en toda su historia. Por ello, el gobierno tiene que acompañar a los campesinos, no solo con tecnología y créditos, sino también con seguridad. El Estado tiene que hacer presencia con el monopolio de las armas.

La dignidad tiene que pasar por el reconocimiento de las personas. El campesino sin tierra, desde Locke, fue mirado como incapaz. Por ejemplo, no podía votar. El Estado tiene que poner su mirada en el campo y en los pobres del campo si quiere consolidar la paz. El campesino tiene que tener su tierra o por lo menos un trabajo digno. Esta ley a ello apunta. Con todas las dificultades que se vendrán, creemos que la idea del Gobierno es justa y debe ser apoyada por todos. La verdad es que desde 1936 nada se ha hecho efectivo por los pobres del campo.

Raul Humberto Ochoa Carvajal



Autora: Adriana Botero Martínez  
Título: Girasoles en ipanema  
Técnica: Acuarela con intervención digital  
Dimensión: 19 x 12  
Año: 2005

# ***LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA ADMINISTRATIVA, ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO\****

\* En este artículo se presentan los resultados de un proyecto de investigación, cuyo título original es “La argumentación de los hechos en la valoración de la prueba y el concepto de probabilidad en la responsabilidad administrativa por la actividad médica”, que tiene acta de iniciación del 11 de abril de 2007 y se inscribió, tanto en el centro de investigaciones de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, como en el CODI de la misma Universidad.

El trabajo tuvo como participantes a los siguientes profesores y estudiantes:

Investigador principal: Luis Bernardo Ruiz Jaramillo. Coinvestigadores: Rosmery Velásquez Herrera, Oscar Alberto García Arcila, Adriana María Ruiz Gutiérrez y Víctor Alonso Pérez Gómez. Asesora metodológica: Águeda Torres Marín. Estudiante en formación: Yeison Manco López. Estudiantes auxiliares de investigación: Alejandra Ortiz Fernández, Jesús David Polo Rivera y Juliana Pérez Restrepo.

Los estudiantes que inicialmente estuvieron vinculados al proyecto fueron: Juan Guillermo Valencia (estudiante en formación) y César Augusto Londoño (estudiante en formación). Asimismo, también tuvieron participación los siguientes miembros del semillero en Derecho Procesal: Eliana Álvarez, Santiago Cardeño y Dilam Gámez Quijada.

El título del proyecto refleja la idea de continuar un trabajo que se inició desde el año 2005 con el grupo semillero “Derecho Procesal” de estudiantes que ganó un concurso de ponencias estudiantiles organizado por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, en septiembre de 2005 en Bogotá, con el trabajo titulado “la valoración de la prueba y el concepto de probabilidad”; trabajo del que se hicieron varias versiones, una de las cuales se publicó en la revista Estudios de Derecho (RUIZ JARAMILLO, Luis Bernardo y VELÁSQUEZ HERRERA, Rosmery. La valoración de la prueba en la responsabilidad por la actividad médica, concepto de probabilidad y las garantías procesales. En: Revista Estudios de Derecho. Medellín: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia. 2006. Vol. LXIII, No 142).

Los estudiantes que realizaron la ponencia, en el mencionado Congreso, fueron: Adriana María Ruiz Gutiérrez, Adriana Patricia Calle Pulgarín, Beatriz Eugenia Suaterna Hurtado, Claudio Farid Giraldo Sepúlveda, Edwin Andrés Gómez Muñoz, Gabriel Mario Gómez Serna, José Fernando Valencia Grajales, Margarita Bustamante Granado, Marta Isabel Gómez Vélez y Mayda Soraya Marín Galeano. Actuaron como directores del trabajo: Rosmery Velásquez y Luis Bernardo Ruiz J.

Fecha de recepción: septiembre 6 de 2010  
Fecha de aprobación: octubre 21 de 2010

# LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA ADMINISTRATIVA, ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

*Luis Bernardo Ruiz Jaramillo*\*\*

*Óscar García Arcila*\*\*\*

## RESUMEN

Uno de los fenómenos que es necesario registrar de la jurisprudencia del Consejo de Estado, desde el año 1990 hasta el presente, consiste en la búsqueda de soluciones que ha emprendido en aras de resolver las dificultades de prueba en materia de responsabilidad médica. El reconocimiento de la dificultad de prueba y su solución ha tenido como foco de atención los siguientes aspectos de la responsabilidad médica: la falla y la relación de causalidad. En cuanto a la prueba de la relación causal, la tendencia de la mayoría es la utilización de la prueba indiciaria para superar la dificultad probatoria. La imputación objetiva, por su parte, se toma como una teoría que supera el esquema tradicional de la causalidad. En el plano político puede ubicarse la posición de la mayoría como una perspectiva liberal, ya que se prefiere la solución que da seguridad jurídica, que se apuntala sobre la idea de la verdad como correspondencia y en las reglas procesales propias del sistema dispositivo.

**Palabras clave:** Prueba, carga de la prueba, imputación objetiva, prueba indiciaria

## CAUSAL RELATIONSHIP IN ASSESSMENT OF THE PROOF IN THE ADMINISTRATIVE MEDICAL LIABILITY, STUDY ABOUT JURISPRUDENCE OF THE STATE COUNCIL

### ABSTRACT

One of the phenomena that are necessary to record regarding the jurisprudence of the State Council from 1990 to the present is the search for solutions that it has undertaken in order to solve the difficulty of proof concerning medical liability. The recognition of the difficulty of proof and its solution has focused on the following aspects of medical liability: failure and causal relationship. As for the proof of causal relationship, the tendency of the majority is the use of the circumstantial evidence to overcome the difficulty of proof. The objective imputation, on the other hand, is taken as a theory that surpasses the traditional approach to causation. In the political field the position of the majority can be located as a liberal perspective, since a solution that gives legal certainty is preferred, given that it underpins both the idea of truth as correspondence and the procedural rules proper to the dispositive system.

**Keywords:** Proof, burden of proof, objective imputation, circumstantial evidence, causal relationship (causation).

---

\*\* Docente ocasional de la Universidad de Antioquia, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, en las cátedras de Derecho Probatorio y Teoría General del Proceso. Magíster en Filosofía. Correo electrónico: luisbernardo.ruiz@gmail.com

\*\*\* Docente ocasional de la Universidad de Antioquia, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, en las cátedras de Derecho Probatorio y Teoría General del Proceso. Especialista en Derecho Procesal. Correo electrónico: oscargarcia1033@yahoo.es.

# **LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA ADMINISTRATIVA, ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO**

## **INTRODUCCIÓN**

En el marco de la temática relacionada con la probabilidad en la jurisprudencia sobre la responsabilidad médica en el Consejo de Estado, se busca, en esta oportunidad, abordar un tema subyacente al mismo consistente en la dificultad de cumplir con el estándar de certeza probatoria en el ámbito de la relación de causalidad. El reconocimiento de esta dificultad, por parte del Consejo de Estado, ha conllevado a que la jurisprudencia de tal entidad haya esgrimido diversas teorías, entre ellas la de la probabilidad preponderante (o grado suficiente de probabilidad), los aligeramientos probatorios y la prueba indiciaria. Teorías estas que han buscado superar las inconsistencias en cuanto al estándar de la prueba necesaria para las personas perjudicadas con el servicio médico asistencial estatal, a fin de que puedan acceder a una indemnización por vía judicial. En efecto, un estándar de prueba de certeza probatoria si bien potencializa el derecho a la contradicción del ente o el personal médico demandado, dificulta al perjudicado obtener indemnizaciones ya que se amplía el espectro de casos en los que el juez aplica la carga de la prueba desfavoreciéndolo. Si se disminuye el estándar de prueba, serán menos los casos que desfavorecerán la pretensión indemnizatoria del perjudicado.

Precisamente, la pretensión indemnizatoria por los perjuicios en la actividad médica tiene como objeto el derecho fundamental a la salud<sup>1</sup>. Derecho social éste que se constituye en uno de los componentes centrales de la legitimidad del Estado contemporáneo. De esta forma, la importancia de este trabajo se relaciona con el hecho de que la medicina es una de las herramientas más importantes de la modernidad en la administración de la vida y la salud de la población. Por ello, cuando se trata de una indemnización por el perjuicio en la actividad médica, el estudio de los condicionamientos como el de la causalidad adquiere mucha relevancia, ya que de las teorías que se haga uso para la prueba del mismo depende la mayor o menor protección del derecho a la salud de la población.

---

1 Ver, las sentencias de la Corte Constitucional: T-760 de 2008 y T-016 de 2007

El objetivo general de este artículo es presentar el estado actual de la jurisprudencia del Consejo de Estado con respecto a las teorías jurídicas, especialmente, las de la relación de causalidad, con las que se están resolviendo los conflictos alrededor de los daños que ocurren en las personas en la prestación del servicio médico. Los objetivos específicos son: 1) expresar el estado actual, en lo que concierne a la relación de causalidad, las teorías de la falla del servicio, la carga de la prueba y la teoría de la probabilidad preponderante y de los aligeramientos probatorios. 2) Estudiar el papel del indicio para esta jurisprudencia en las dificultades probatorias en cuestión. 3) Analizar la teoría de la imputación jurídica como una propuesta que busca solucionar problemas teóricos en los ámbitos sustancial y procesal.

La metodología del proyecto de investigación se caracteriza por ser un estudio documental de la jurisprudencia del Consejo de Estado desde 1990 hasta el año 2009. De esta jurisprudencia se obtuvo la relacionada con la responsabilidad administrativa por la actividad médica, de la cual, con este primer informe, se da cuenta del estado del arte sobre la temática en cuestión, como también se realiza el análisis de las diversas posiciones que sobre la materia han aparecido en tal jurisprudencia. Se utilizó como instrumento de recolección de información el programa informático AtlasTi, con el que se sistematizó la jurisprudencia mediante diversas categorías (por ejemplo, entidad de salud, víctima, ponente, carga probatoria, falla del servicio, causalidad, estándar de prueba, etc.), y códigos que permiten organizar, clasificar, relacionar y cuantificar la información cualitativa. El total de sentencias estudiadas y compiladas es de 162, incluyendo las que se han publicado del Consejo de Estado, desde 1990 a febrero de 2010, en la página Web oficial de esa entidad y por otros medios, y las del Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia de los años 2008 y 2009. Asimismo, se realizaron fichas para el análisis de la bibliografía disponible en el medio sobre el tema.

Este artículo contiene, en los dos primeros capítulos, la descripción de las teorías que invoca el Consejo de Estado sobre la temática en cuestión, las sentencias más importantes que tocan tales aspectos y se hace un ejercicio crítico frente a esas posturas. En el capítulo tercero se explica el razonamiento judicial, el papel del indicio y aspectos críticos de la jurisprudencia.

## **1. LA FALLA EN EL SERVICIO Y LA CARGA DE LA PRUEBA**

Sin duda alguna, las grandes teorías jurídicas surgen en aquellos conceptos que tienen un amplio grado de indeterminación. Precisamente, la dificultad probatoria de la responsabilidad médica la ha reconocido la jurisprudencia del Consejo de



Estado, principalmente, con fundamento en que los avances técnicos y científicos en la medicina dificultan al perjudicado del servicio probar los condicionamientos de causalidad y el subjetivo de la responsabilidad. Inicialmente, la dificultad se planteó en el aspecto subjetivo de la responsabilidad, y debido a ello apareció la doctrina de la presunción de culpa en 1990<sup>2</sup>, la cual se consolidó con la falla presunta en 1992<sup>3</sup>; doctrina ésta que gozó de estabilidad hasta el año 2000 y desapareció en el 2006. También la dificultad de prueba sobre el aspecto subjetivo se trató de superar con la teoría de la carga dinámica de la prueba en año 2000<sup>4</sup>; teoría ésta que no tuvo aplicación en la prueba de la causalidad. De otra parte, a partir de 1999, se admitió la dificultad de prueba para el nexo causal; ámbito en que se enarbolan las teorías del grado suficiente de probabilidad (disminución del estándar de prueba)<sup>5</sup>, los aligeramientos probatorios y la prueba indiciaria. También la dificultad probatoria de la responsabilidad médica ha generado una teoría que incide en sus aspectos objetivos y subjetivos: la imputación objetiva.

- 
- 2 La Sentencia del octubre 24 de 1990 —Consejo de Estado. Expediente 5902. Consejero Ponente: Gustavo de Greiff Restrepo— introdujo la presunción de culpa en el ámbito del servicio médico aplicando el artículo 1604 del Código Civil, por lo que la prueba de la diligencia y cuidado corresponde es al demandado en los casos de responsabilidad médica.
  - 3 La falla presunta se consolida en la decisión del 30 de julio de 1992, expediente 6897 —Consejo de Estado, Sección Tercera. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández. Expediente 6897—, fundándose jurídicamente en la equidad en consideración a que los profesionales médicos, dado su “conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta”, tienen la facilidad probatoria de responder a cuestionamientos que se puedan realizar contra sus procedimientos.
  - 4 A partir de la sentencia 11878 —Consejo de Estado, Sección 3ª, sentencia del 10 febrero 2000, M.P: Alier Eduardo Hernández Enríquez— la carga dinámica de la prueba se convierte en una doctrina que seguirá el Consejo de Estado hasta que es abandonada por la sentencia 15772 de 2006. Advierte la sentencia 11878 que esta teoría dinámica de la carga probatoria significa una ardua tarea para el juez ya que éste, en cada caso, tendrá que determinar a cuál de los litigantes se le facilita la prueba de la falla del servicio. La carga dinámica es seguida por la sentencia del 22 de marzo de 2001—Consejo de Estado, Sección 3ª. Radicado número: 25000-23-26-000-1992-8384-01(13166). Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque—, en la que se trata de un caso en el que al paciente se le diagnostica posible varicela, sin embargo, éste muere y en la necropsia se evidencia que tenía SIDA. Encuentra el juzgador que la prueba de la pérdida de oportunidad no era contundente ya que el sistema inmunológico del paciente estaba débil y sucumbió ante el virus. Considera la sentencia que en este evento existe alto grado de dificultad de acreditar hechos científicos, por lo que era al profesional médico al que se le facilitaba la prueba de la diligencia.  
También siguen la carga dinámica, las siguientes sentencias de la misma entidad y sección:
    - 11 de abril de 2002. Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Radicación número: 23001-23-31-000-1996-6729-01(13330).
    - 24 de enero de 2002. Radicado: 25000-23-26-000-1994-9875-01(12706). Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros.
    - 10 de junio de 2004. Radicado: 76001-23-31-000-1999-1690-01(25416). Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque.
  - 5 Consejo de Estado, Sección 3ª. Sentencia del 3 de mayo de 1999. Radicado 11169. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

En esta jurisprudencia, el estado del arte en la actualidad, para la época de febrero de 2010, se puede resumir en dos hallazgos: la incidencia de la sentencia 15772 de 2006<sup>6</sup> en la línea jurisprudencial dominante actual (a febrero de 2010) y la teoría de la imputación objetiva como línea alternativa. De la línea dominante puede ponerse como paradigmática a la providencia 15772/06, la cual se caracteriza por lo siguiente: 1) el regreso a la falla probada<sup>7</sup>, la vuelta a la carga de la prueba del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil y la restauración, como estándar probatorio, de la necesidad de “demostrar la existencia del vínculo causal”. 2) Defiende una concepción del indicio, según la cual, esta modalidad de prueba permite superar las dificultades que implicaría retornar a las mencionadas teorías sobre la responsabilidad. 3) Los supuestos de la responsabilidad estatal se tornan fundamentalmente empíricos al abandonar valores como la solidaridad. 4) Utiliza como argumento central para hacer los mencionados retornos teóricos, la equidad.

Por su lado, la línea jurisprudencial alternativa de la imputación objetiva la jalona, principalmente, el consejero Enrique Gil Botero, lo cual constituye un cambio trascendente en la jurisprudencia contencioso administrativa. Línea ésta que prefiere los contenidos jurídico-valorativos para la prueba de lo subjetivo y lo objetivo en la responsabilidad frente los componentes empíricos a los que recurre la posición mayoritaria. Como consecuencia de esto, esta vertiente jurisprudencial jalónada por Gil Botero busca prescindir del concepto de causalidad, tal cual lo comienza a pregonar en la sentencia 16010 de 2007<sup>8</sup>.

El resurgimiento de la falla probada y de la carga de la prueba del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil es la doctrina dominante a partir de la sentencia 15772 en el sentido de que al futuro es seguida por la mayoría de los consejeros<sup>9</sup>:

- 
- 6 Consejo de Estado, Sección 3ª. Sentencia del 31 de agosto de 2006, Radicado: 68001-23-31-000-2000-09610-01(15772). Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.
  - 7 En efecto, la sentencia 15772/2006 cita a la sentencia 11878 de 2000, en la que se cuestiona la aplicación generalizada de la presunción de falla del servicio ya que implica una inversión de prueba permanente en contra del demandado, prestador del servicio de salud; y se evidencia que algunos eventos al demandante, el paciente, se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos. Se advierte que la carga dinámica de la prueba ha servido tanto para fundar la falla presunta, como también para cuestionarla, y de otro lado, para apuntalar la falla probada.
  - 8 Consejo de Estado, Sección 3ª. Sentencia del 19 de septiembre de 2007. Radicado: 76001-23-31-000-1994-00916-01(16010), Consejero ponente: Enrique Gil Botero.
  - 9 En los años 2007, 2008 y 2009 se encuentran, a manera de ejemplo, las siguientes sentencias del Consejo de Estado, sección 3ª que siguen la sentencia 15772/06. Las sentencias del 2009, muchas de ellas, tienen como particularidad que no hacen citación del precedente y prefieren dejar implícita la forma de responsabilidad y la teoría sobre la causalidad de la que parten:
    - 18 de julio de 2007. Radicación número: 50001-23-31-000-1998-00249-01(28106). Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

Myriam Guerrero de Escobar, Ramiro Saavedra Becerra, Ruth Stella Correa Palacio y Mauricio Fajardo Gómez. Hay que precisar que el consejero Mauricio Fajardo Gómez en algunas decisiones de 2009 y, en especial, las del 2010 aclara que la falla probada la aplica al caso concreto, dando a entender que podrían existir casos en los que no opera esa forma de responsabilidad con todas sus consecuencias y se abriría una posibilidad de aplicar otra teoría sobre la falla o la carga de la prueba<sup>10</sup>.

Se advierte que el tránsito entre la falla presunta y el resurgimiento de la falla probada fue muy complejo pues interviene, de un lado, la teoría de la carga dinámica de la prueba, fundando y a la vez cuestionando tanto a la falla presunta como a la falla probada<sup>11</sup>; del otro, aparece la teoría de la disminución del estándar de prueba con respecto a la dificultad probatoria de la relación de causalidad. También apareció una teoría de carácter ecléctica, con fundamento en la carga dinámica, consistente en la determinación en cada caso en concreto de los eventos en que se aplica la presunción de la falla o cuando no es necesario acudir a ella y se decide con base en la falla probada<sup>12</sup>; teoría ésta que abandona

- 
- Primero de octubre de 2008. Radicado: 63001-23-31-000-1997-04565-01(16132). Consejera ponente: Myriam Guerrero De Escobar.
  - 12 de febrero de 2009. Radicado 25000-23-26-000-1994-00175-01(16147). Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra.
  - 23 de septiembre de 2009. Radicado: 13001-23-31-000-1996-01000-01(19566). Magistrada Ponente: Myriam Guerrero de Escobar.
  - 10 de junio de 2009, Radicado: 05001-23-26-000-1994-00120-01(17425). Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.
  - 28 de enero de 2009. Radicado: 50001-23-31-000-1992-03589-01(16700). Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.
- 10 En efecto, el Consejero Ponente, Mauricio Fajardo Gómez, en sentencia del 14 de abril de 2010 —Consejo de Estado. Sección 3ª. Radicado 25000-23-26-000-1994-00379-01(18285)— cita como precedente de su posición la sentencia 11878 del 10 de febrero de 2000, que es la jurisprudencia hito de la carga dinámica de la prueba. El mismo consejero Fajardo Gómez, en la sentencia del 11 de mayo de 2006, expediente 14.400 —Consejo de Estado, Sección 3ª— dice que “[...] el demandante [...] deberá en principio, acreditar los tres extremos de la misma: la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y ésta [...]”. En sentido similar se pronuncia el mismo consejero en sentencia 18163 de 2009 —Consejo de Estado, Sección 3ª, sentencia del 11 de noviembre 2009. Radicado: 05001-23-26-000-1995-01935-01—.
- 11 Según la sentencia 11878 de 2000 el fundamento para la falla presunta se encuentra en la carga dinámica de la prueba ya que permite la inversión de prueba en contra del prestador del servicio médico; pero al mismo tiempo, la carga dinámica socava la falla presunta ya que la inversión no es estática sino que puede variar, pues a veces, al paciente en algunos eventos, se le facilita la prueba. Puede decirse, entonces, que la carga dinámica favorece la inversión de prueba a favor del perjudicado, lo cual es propio de la falla presunta; pero también puede invertir la carga, en sentido contrario, a favor del prestador del servicio, lo cual cuestiona la falla presunta y es compatible con la falla probada.
- 12 Ejemplo de jurisprudencias del Consejo de Estado, Sección 3ª, en las cuales se pregona que la decisión de aplicar un régimen de falla se define según las condiciones del caso concreto:

la sentencia 15772 de 2006<sup>13</sup>, con la salvedad dicha del consejero Fajardo Gómez. Lo particular de todo es que en nombre de la equidad se estructuró la falla presunta, luego sirvió para apuntalar la carga dinámica, fue útil para refundar la falla probada<sup>14</sup>, y asimismo, sirvió de base para estructurar la probabilidad preponderante en el ámbito de la causalidad. Incluso, para esta sentencia, una mejor valoración de la prueba, en especial de la indiciaria, ayuda a superar la desigualdad entre el paciente y el servicio de salud; y por ende, permite retornar al sistema clásico de responsabilidad abandonando las teorías como la falla presunta, la carga dinámica y la probabilidad preponderante.

## 2. LA PRUEBA DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

### 2.1 LA CAUSALIDAD Y LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Se asume aquí la idea de causalidad de Taruffo, la cual se entiende como la concreción de un resultado causado a partir de otro hecho específico y determinado. Para este autor, la causalidad tiene dos componentes empíricos y otro cuya apreciación se lleva a las denominadas leyes de cobertura. Los empíricos son el hecho generador y el hecho generado; las leyes de cobertura hacen la unión entre uno y otro hecho<sup>15</sup>. Esta unión o nexo no es verificable empíricamente ya que las máximas de experiencia científica (leyes de cobertura) no son hechos sino herramientas de interpretación

- 
- La Sentencia 13675 de 2002, aunque parte de la falla presunta considera que el caso se resuelve con falla probada.
  - La Sentencia 14170 del 24 de febrero de 2005 (Magistrado Ponente: Ramiro Saavedra Becerra) considera, ante un caso evidente de impericia en que incurre una enfermera al aplicar un medicamento a un niño deshidratado, que el asunto se resuelve con falla probada y no es necesario recurrir a la falla presunta.
  - En la sentencia 14786 del 28 de abril de 2005 (Radicado: 47001-23-31-000-1995-04164-01(14786), Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio) aparece una clara tendencia a considerar como regla general la falla probada a no ser que se presente una situación excepcional.
- 13 Advierte el consejero Gil Botero, en aclaración de voto a la sentencia 28106 (del 18 de julio de 2007), en contravía al pensamiento de la sentencia 15772/06, que para el año 2006 se encuentra aún vigente la jurisprudencia sobre la carga dinámica de la prueba, ya que la defienden, por ejemplo, los consejeros Fajardo Gómez (sentencia 15201) y Alier E. Hernández (sentencias 25063 y 15283).
- 14 La sentencia 15772 de 2006, para retornar a la falla probada, antepone la equidad para rebatir el argumento de la desigualdad en el que se funda la falla presunta, con apoyo de la doctrina de Mazeaud y Tunc (Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y cuasidelictual. Buenos Aires: EJE, 1962. T.I, V.II, p. 405), según la cual “[...] quien se encontraba en mejores condiciones de probar era el paciente y no el médico, pues a éste le resultaba extremadamente difícil demostrar su diligencia permanente”.
- 15 TARUFFO, Michel. La prueba. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 256, 262-263

de los mismos. Una ley de cobertura se prueba mediante la experiencia científica, y esta debe llevarse al proceso mediante prueba pericial. Contrario al pensamiento de la sentencia 15772 de 2006, epistemológicamente, la prueba indiciaria si bien puede probar el hecho generador y el generado, no tiene idoneidad para probar el nexo entre uno y otro, ya que no puede establecer la ley de cobertura. El indicio prueba hechos a partir de otros hechos; por lo tanto, hay una imposibilidad epistemológica de utilizar el indicio para probar aquello que es contrafactual como es el caso de la ley de cobertura en sí misma considerada<sup>16</sup>.

No obstante, son múltiples las teorías que se han elaborado para determinar cuándo un hecho es la causa de otro, existiendo, especialmente, tres como las más acogidas: la de la equivalencia de las condiciones, la de la causalidad adecuada y la de la imputación objetiva. Según la teoría de la equivalencia de las condiciones, debe considerarse causa cualquier antecedente sin el cual el resultado no se hubiera presentado; en este supuesto, sería suficiente que el agente haya realizado una condición cualquiera del evento, para considerarla causa del mismo<sup>17</sup>. Para valorar la existencia de la causa se hace un doble juicio contrafactual hipotético: de un lado, la conducta es causa del evento sólo si en su ausencia no se hubiera realizado; del otro, un comportamiento no es causalmente relevante cuando, sin él, el evento habría ocurrido en todo caso<sup>18</sup>. Esta concepción se ha criticado porque llevaría a convertir en causa cualquier antecedente por remoto que sea<sup>19</sup>, y porque presupone el conocimiento de la causa, pues si no se conoce la virtualidad causal de una determinada condición, no sirve de nada su supresión mental<sup>20</sup>. El correctivo a esta teoría se ha dado a partir de las leyes científicas o de cobertura; por lo que

- 
- 16 Aclara, Hernando DEVIS ECHANDIA (Teoría General de la Prueba Judicial, T. I, Ed. 5ª, Bogotá, ABC, 1995. p.176) que las máximas de experiencia no son objeto de prueba sino que sirven de “apoyo a la crítica razonada de las pruebas [...]”.
- 17 Ver, CAPECCHI, Marco. El problema del nexo de causalidad en la responsabilidad civil: causalidad material y causalidad jurídica. En: Seminario de responsabilidad civil y del Estado presente y futuro. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2004. p. 72.
- 18 Asi, CANZIO, Giovanni. La causalità tra diritto e proceso penale: modelli cognitivi e ragionamento probatorio. En: La prova scientifica nel proceso penale. Cataldo Neuberger Luisella, compiladora. Milano: Cedam. 2007, p. 113.
- 19 Cfr. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. La responsabilidad extracontractual del Estado. 4ª reimpresión. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. 2008. p. 537
- 20 Ver, CAPECCHI, Marco. Op. Cit. p. 73. Asimismo, SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. Op. Cit. p. 541. Al respecto, es ilustrativo el ejemplo citado por Yesid Reyes Alvarado (Imputación objetiva. 3ª ed. Bogotá: Temis. 2005, p. 15) sobre los procesos judiciales iniciados en Alemania por el uso de la talidomida y las malformaciones fetales de mujeres en estado de embarazo que la habían consumido: si científicamente no está comprobado que el uso de la talidomida produzca malformaciones fetales, como suprimir mentalmente tal antecedente para que la consecuencia desaparezca?.

sólo se podrá considerar causa de un determinado hecho si existe una ley científica que así lo acredite<sup>21</sup>; dato que deberá probarse en el proceso, puesto que el juez no debe ser productor de ley científica sino consumidor<sup>22</sup>.

Por su lado, la teoría de la causalidad adecuada considera que un hecho es condición del resultado cuando por el curso habitual de las cosas y según la experiencia adquirida, éste es capaz de producir el resultado. Se realiza un ejercicio retrospectivo para determinar si era objetivamente posible o previsible que tal hecho en condiciones normales provocaría el daño<sup>23</sup>, según el curso ordinario de la vida<sup>24</sup>. Dicho análisis retrospectivo se hace en un doble sentido: objetivo, a partir de los conocimientos exigibles a la generalidad de las personas, conforme a la previsión de un hombre normal; y subjetivo, que incluya los conocimientos especiales que tenga el autor<sup>25</sup>. Precisamente, por vincular ingredientes tanto objetivos como subjetivos ha generado su rechazo ya que parte de conceptos tan gaseosos como la previsibilidad y se pierde en juicios de probabilidad que son poco precisos; no obstante, reconoce la doctrina su gran utilidad en eventos de responsabilidad objetiva, sin culpa<sup>26</sup>.

El Consejo de Estado, en materia de responsabilidad estatal, en forma mayoritaria ha sido partidario de la causalidad adecuada al momento de analizar la existencia del nexo de causalidad presente entre la falla en el servicio y el daño generado<sup>27</sup>. No obstante, se observa que en la actualidad se da una línea de pensamiento diversa a tal postulado, abanderada por el Consejero Enrique Gil Botero, quien en forma reiterada viene planteando, desde el 2007, el análisis estructural de la responsabilidad a partir de la imputación objetiva<sup>28</sup>. Para este consejero el estudio de la causalidad

---

21 La teoría de la equivalencia es la más usual en Italia (ver, CAPECCHI, Marco. Op. Cit. p. 72) lo mismo que en España (DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto. Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario. Granada: Comares. 2006, p. 7-8). En Colombia, VELÁSQUEZ (VELASQUEZ, Fernando. Causalidad e Imputación objetiva. En: CALLE CALDERÓN, Armando Luis –Compilador–. El estado actual de las ciencias penales. Bogotá: Jurídica Sánchez. 2009, p. 47) la defiende por considerarla útil para establecer el piso naturalista de la imputación objetiva, con los correctivos de la *conditio sine qua non* y la de la condición adecuada a las leyes naturales.

22 TARUFFO, Michel. Op. Cit. p. 262-263.

23 LE TOURNEAU, Philippe. La responsabilidad civil. Bogotá: Legis, 2004, p. 75. MOSSET ITURRASPE, Jorge. Responsabilidad por daños. Tomo I parte general. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni. 2004. p. 82-83.

24 MOSSET ITURRASPE, Jorge. Op cit. p. 214.

25 REYES ALVARADO, Yesid. Op. Cit. p. 27.

26 Al respecto, VELÁSQUEZ, Op. Cit. p. 46. Asimismo, LE TOURNEAU, Op. Cit. p. 84.

27 Ver, SAAVEDRA BECERRA, Op. Cit. p. 556. También, FERNÁNDEZ, Mónica Lucía. La responsabilidad médica. Problemas actuales. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez. 2008, p. 169.

28 El Consejero Enrique Gil Botero comienza a enarbolar la teoría de la imputación objetiva, por ejemplo, en las siguientes sentencias: la antes mencionada 16010 del 19 de septiembre de 2007, la 15382 2007(19 de septiembre, Radicado: 66001-23-31-000-1999-03078-01), la 17918 de 2007 (del 4 de diciembre, Radicado: 73001-23-31-

en sentido material se torna superfluo para determinar la responsabilidad ya que la imputación objetiva se apuntala sobre conceptos normativos<sup>29</sup>.

Al respecto, se discute en la doctrina si el nexo causal es o no necesario para establecer la responsabilidad por el hecho: para la posición más radical, postulada por ejemplo por Reyes Alvarado<sup>30</sup>, la imputación objetiva implica el abandono del planteamiento causalista. Otra posición, que es defendida por Velásquez<sup>31</sup>, postula que la imputación objetiva se construye sobre varios niveles, siendo el primero, un vínculo causal lógico o natural y el segundo un vínculo normativo; por tanto, para poder imputar objetivamente debe estar previamente satisfecho el vínculo causal. La posición radical tiende, en materia penal, hacia el funcionalismo sistémico de Günther Jakobs, criticado por Ferrajoli, en el sentido de que la responsabilidad al liberarse de componentes verificables y falseables afecta la libertad del ciudadano y se pone el castigo como factor de cohesión del sistema político-social, de la estabilidad del ordenamiento y de la fidelidad de los ciudadanos hacia las instituciones<sup>32</sup>. Este radicalismo en materia de responsabilidad estatal por la actividad médica, si bien aflige la libertad de la entidad prestadora del servicio, favorece la posición del usuario de la salud, ya que integra condicionamientos valorativos como el de la solidaridad o la puesta o el incremento del peligro por lo que se muestra más acorde con el esquema jurídico-político del Estado social de derecho.

Hay que mencionar que la teoría de la imputación objetiva surge como reacción a las concepciones naturalistas de la causalidad. Esta teoría postula que lo que interesa enjuiciar no es sólo la acción naturalista sino la conducta que no cumple con las expectativas generadas por las relaciones sociales, ya que de todas las acciones posibles al derecho tendrían que interesarle sólo aquellas que alcanzan a ser un atentado contra dichas relaciones. Se da un desplazamiento del análisis fáctico como exclusiva relación material a una valoración de tipo normativo; es decir, se

---

000-1998-01327-01), la 27268 2008 (1 de octubre, Radicado número: 25000-23-26-000-1999-01145-01), la 18364 de 2009 y la 18524 de 2010 (18 de febrero, Radicado: 05001-23-25-000-1993-01156-01). Asimismo, en las aclaraciones de voto presentados por este consejero a las sentencias 15382 del 19 de septiembre de 2007 y a la 15737 del 18 de diciembre de 2008.

Hay que precisar, la tesis de la imputación objetiva se planteó con anterioridad por el Consejo de Estado, Sección 3ª, en la sentencia del 22 de junio de 2001, Consejera Ponente: María Elena Giraldo, expediente 12701.

29 Cfr., GIL BOTERO, Enrique —Responsabilidad extracontractual del Estado. 4ª edición. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez, 2010. p. 72 y 127. En igual sentido, el mismo Consejero Gil Botero, en la sentencia 16010 de 2007 y su aclaración de voto.

30 REYES ALVARADO, Yesid. Op. Cit. p. 67 y 74.

31 VELÁSQUEZ, Fernando. Op. Cit. p. 35-36.

32 FERRAJOLI, Derecho y razón: Teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y otros. Madrid: Trotta, 1995. p. 275-276

enjuicia la conducta es con respecto a la norma para la atribución de resultados y no frente a la simple constatación del nexo causa-efecto<sup>33</sup>. De allí que se considere que un resultado puede ser objetivamente imputado a un individuo cuando él haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado y este riesgo se haya realizado en un resultado. En este primer paso del estudio, si hay lugar o no a imputar objetivamente, no interesa qué individuo en especial, en su posición de garante o como portador de un rol social, fue quién con su acción u omisión defraudó las expectativas sociales, pues esta determinación hace parte es de la imputación subjetiva<sup>34</sup>, como otro elemento independiente de la eventual atribución de responsabilidad.

Bajo la imputación objetiva, son dos los elementos de la responsabilidad, el daño antijurídico y la imputación, no tres o cuatro como se ha planteado tradicionalmente. Según Gil Botero<sup>35</sup>, la propuesta metodológica y conceptual para estudiar tales dos elementos, consiste en examinar: si existe o no daño antijurídico, el cual se entiende como aquél que no se tiene el deber jurídico de soportar por imperativo explícito del ordenamiento jurídico; una vez determinada su existencia, se pasa al estudio de la imputación tanto fáctica como jurídica. La razón de este orden es que si el daño no existe, el juez queda relevado de continuar con el estudio del otro supuesto de la responsabilidad. La determinación de la imputación fáctica se construye a partir de la imputación objetiva.

## 2.2 LA PROBABILIDAD PREPONDERANTE

La sentencia 11169 de 1999, del consejero Ricardo Hoyos Duque, inaugura una línea jurisprudencial que cuestiona otra de las bases de la jurisprudencia tradicional: la

---

33 Dice GIL BOTERO, Enrique —Responsabilidad [...] Op. Cit. p. 72—: “Si la ciencia jurídica parte del supuesto de atribuir o endilgar las consecuencias jurídicas de un resultado (sanción), previa la constatación de que una transgresión se enmarca en una específica proposición normativa, es evidente que el nexo causal por sí mismo deviene en insuficiente para solucionar el problema de la atribución de resultados [...] lo que ha conllevado a que se deseche el principio de causalidad a efectos de imputar un hecho, para dar aplicación a una serie de instrumentos e ingredientes normativos (v. gr. el incremento del riesgo permitido, la posición de garante, el principio de confianza, la prohibición de regreso, etc.) dirigidos a establecer cuándo determinado resultado es imputable a un sujeto”.

34 REYES ALVARADO, Yesid. p. 80

35 Dice Gil Botero, en aclaración de voto presentado a la sentencia 15382 de 2007 —del 19 de septiembre, expediente, Consejera Ponente Ruth Estella Correa Palacio—: “La anterior estructura conceptual, en mi criterio, desconoce los postulados sobre los cuales se fundamenta la responsabilidad del Estado a partir de la Carta Política de 1991, en tanto el artículo 90 del estatuto superior estableció sólo dos elementos de la responsabilidad, los cuales son: i) El daño antijurídico y, ii) la imputación del mismo a una autoridad en sentido lato o genérico”. En el mismo sentido la aclaración de voto a la sentencia del 18 de diciembre de 2008, expediente 15737.



certeza de la verdad procesal. La interpretación de la regla del artículo 174 Código de Procedimiento Civil, según la cual, “Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”, se mantuvo inalterada hasta tal sentencia en el sentido de que obligaba al juez a reconocer el derecho sólo con la certeza probatoria. Sólo cuando se probaba la existencia de los hechos del supuesto jurídico podía reconocerse el derecho; y en caso de ausencia o duda probatoria se aplicaba la carga de la prueba del artículo 177 *ibíd.*, desfavoreciendo al litigante que aduce su interés jurídico y no lleva al proceso la prueba necesaria. Con la probabilidad preponderante se genera un cambio en el estándar de prueba necesario para reconocer la existencia del nexo causal, ya que el hecho puede probarse aún sin el nivel de certeza; esto implica, a su vez, que el perjudicado con el servicio de salud se vea con menos frecuencia desfavorecido con la carga probatoria ya que se reducen los estados de duda.

Antes de esta sentencia no ha existido un reconocimiento expreso a la dificultad de prueba sobre la relación de causalidad, por lo que el tratamiento que se le daba era el del régimen común del derecho probatorio; es decir la aplicación del principio de necesidad de prueba. La sentencia 11169 se constituye en una providencia hito en lo relacionado con la teoría de la probabilidad preponderante o, como también se le ha denominado, doctrina de la disminución del estándar de prueba<sup>36</sup>.

Esta sentencia 11169 se refiere a una menor de edad a quien, a raíz de una masa en la zona dorso-lumbar, los médicos optaron por practicarle una biopsia sin ordenar otro análisis más específico; procedimiento que le produjo una hemorragia al lesionar la arteria de la médula. Para esta sentencia, aunque la menor se movilizaba por sí misma antes del procedimiento médico, no existe certeza sobre la causa de la paraplejía porque en la menor preexistían problemas sensitivos. La sentencia condenatoria no se basa en la certeza probatoria, sino en la probabilidad prevaleciente de que la causa de la invalidez de la menor fue la mala práctica médica<sup>37</sup>.

---

36 Esta sentencia 11169 de 1999 toma como apoyo de la doctrina de la probabilidad preponderante al español Ricardo de Ángel Yagüez —Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño). Madrid: Civitas, 1995, p. 77—, para quien “En consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad [...] no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos [...] sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación [...] cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esta materia el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia”.

37 La sentencia 11169 de 1999 es luego seguida por otras decisiones en la misma corporación en su sección 3ª: - La Sentencia del 10 de febrero de 2000 (Radicado 11878, Consejero Ponente: Alíer Eduardo Hernández Enríquez) se refiere a un caso en el cual a un paciente se le diagnostica, erróneamente, parasitosis, y luego muere a consecuencia de un *shock* séptico causado por una apendicitis. No hay certeza de que con el diagnóstico acertado se hubiera salvado el paciente pero existe una probabilidad de que si hubiera podido sobrevivir.

No obstante, comienza a perfilarse al mismo tiempo una línea jurisprudencial en la que la disminución del estándar de prueba se une a una teoría indiciaria. De esta forma, la sentencia 12655 de 1999 dictaminó que “aceptada la dificultad que suele presentarse en la demostración directa de la causalidad en materia médica, puede probarse indirectamente – indiciariamente”<sup>38</sup>. Luego, la sentencia 11901 de 2001, ha precisado que es al demandante a quien le incumbe probar el nexo causal y que no es posible que se invierta la carga de la prueba; por lo que ante una extrema dificultad probatoria es aceptable [...] que la demostración de la causalidad se realice de manera indiciaria, siempre que, dadas las circunstancias del caso, resulte muy difícil —si no imposible— para el demandante, la prueba directa de los hechos [...]”<sup>39</sup>.

Es de anotar que el uso del indicio por parte del Consejo de Estado como remedio a la dificultad probatoria del nexo causal en los años 2002 y 2004<sup>40</sup>, sigue unido al concepto de probabilidad preponderante, ya que se le concebía como una prueba de disminuida capacidad demostrativa. No obstante, la prueba indiciaria, como el medio para establecer el nexo causal, deja de considerarse al lado de la disminución del estándar de prueba en sentencias de los años más recientes: 2005, 2006 y 2008<sup>41</sup>. Puede decirse, entonces, que existe una tendencia jurisprudencial en la que

- 
- La sentencia del 22 de marzo de 2001 (Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Radicado 13284) trata de un caso en el que se duda sobre si la muerte de una recién nacida fue a la falta de atención de la institución médica o por una regurgitación de leche en sus vías respiratorias. La sentencia absuelve al demandado ya que no se llegó a un suficiente grado de probabilidad preponderante.
  - Sentencia del 21 de febrero de 2002, Radicado 13166, Consejero Ponente Alier E. Hernández Enríquez.
- 38 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. María Elena Giraldo Gómez. Sentencia del 7 de Octubre 1999. Exp.12655.
- 39 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado Ponente: Hernández Enríquez, Alier Eduardo. Sentencia del 14 de junio de 2001. Radicado 13001-23-31-000-1990-7392-01. Expediente 11901.
- 40 Se puede sintetizar este recorrido histórico de la jurisprudencia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de la siguiente manera:
- Sentencia del 11 de abril de 2002 Radicado 23001-23-31-000-1996-6729-01. Expediente 13330. Magistrado Ponente. Alier Eduardo Hernández Enríquez.
  - Sentencia del 1º de julio de 2004. Radicado 08001-23-31-000-1993-7649-01. Expediente 14696. Magistrado Ponente. Alier Eduardo Hernández Enríquez.
- 41 Se sintetiza este recorrido histórico de la jurisprudencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª, de la siguiente manera:
- Sentencia de 14 de julio de 2005, Expediente 15.276, citada por la providencia del 26 de marzo de 2008. Radicado 25000-23-26-000-1993-09477-01. Expediente 16085. Consejera Ponente. Ruth Stella Correa Palacio.
  - Providencia del 31 de agosto de 2006. Radicado 68001-23-31-000-2000-09610-01. Expediente 15772. Magistrado Ponente. Ruth Stella Correa Palacio.

se acude a la prueba indiciaria como solución preferida a la dificultad probatoria que se le presenta al demandante en la verificación de la relación de causalidad entre el daño sufrido y la falla del servicio médico asistencial.

Del recorrido histórico que sufre la teoría de la probabilidad preponderante, sobre la prueba de la relación de causalidad, se colige que el mismo se inicia sin importar algún medio probatorio en particular (sentencia 11169 de 1999), luego se le conecta a la prueba indiciaria ya que se considera que ésta, por su carácter de indirecta, solo alcanza a la “probabilidad” (sentencias 11901 de 2001, 13330 de 2002 y 14696 de 2004), y finalmente, esta teoría es reemplazada por la prueba indiciaria. En esta última fase puede ubicarse a la sentencia 15772 de 2006; la cual se refiere al tema en los siguientes términos:

De manera más reciente se precisó que la exigencia de un grado suficiente de probabilidad”, no implicaba la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que hiciera posible imputar a la entidad que prestara el servicio, sino que esta era una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal podía ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios <Ver, por ejemplo, sentencias de 14 de julio de 2005, exps: 15.276 y 15.332>.

Según esta providencia, las sentencias 15276 y 15332 de 2005 contienen el argumento según el cual la probabilidad preponderante no significa “exoneración del deber de demostrar el vínculo causal”. No obstante, estas sentencias sólo se limitan a describir los precedentes sobre la probabilidad preponderante y el indicio como soluciones a la dificultad de prueba, y en ambas se resuelve el caso del que se ocupan, mediante el indicio, sin argumentar la razón por la que se excluye la probabilidad preponderante en la solución. Puede concluirse del estudio en conjunto de estas sentencias del 2005 y del 2006, que la probabilidad preponderante se entiende como una figura próxima a la prueba indiciaria; y por lo tanto, ante la dificultad de prueba del nexo causal resulta innecesario acudir a la disminución del estándar de prueba, pues para ello, puede hacerse uso de la prueba indiciaria. En suma, se puede interpretar a partir de esta línea jurisprudencial que la probabilidad preponderante desaparece por sustracción de materia, ya que se le equipara con la prueba indiciaria, y al mismo tiempo, se rechaza que el juez pueda conformarse con un “grado suficiente de probabilidad”.

- 
- Providencia del 26 de marzo de 2008. Radicado 25000-23-26-000-1993-09477-01. Expediente 16085. Magistrado Ponente. Ruth Stella Correa Palacio.
  - Providencia del 15 de octubre de 2008. Radicado 25000-23-26-000-1994-00061-01. Expediente 16350. Consejero Ponente. Ramiro Saavedra Becerra.

Se puede percibir que esta línea jurisprudencial no argumenta cuáles son las dificultades de la probabilidad preponderante, ni menciona en qué sentido tener una forma de disminución de estándar probatorio, sea o no ilegítimo, de cara a la Constitución Política colombiana. Tampoco se argumenta de cuál concepción sobre el indicio es de la que se parte para hacer la equiparación entre éste y la probabilidad preponderante. Lo que sí queda claro del estudio de las sentencias posteriores a la sentencia 15772, es que se retornó, en cuanto a la causalidad, a los cauces de la certeza probatoria de los años precedentes a 1999. La excepción a esta posición jurisprudencial se tiene desde la imputación objetiva que defiende el Consejero Gil Botero, quien expresamente admite la disminución del estándar probatorio, bien porque se entienda el indicio como una forma de aligeramiento probatorio, o porque se acepte la probabilidad preponderante<sup>42</sup>.

A continuación se abordan los cuestionamientos a la teoría de la disminución del módulo o estándar de prueba:

[La crítica] radica en el hecho de que se revierte en una disminución de los requisitos de prueba toda vez que el enunciado fáctico que el juez declara como verdadero no resiste las garantías de verdad o reglas epistemológicas de la contrastación, la necesidad de prueba y la refutación, que precisamente se instauraron como cautela contra el arbitrio judicial. Se abandona con estas decisiones judiciales el sentido de verdad como correspondencia o como principio regulativo de la jurisdicción para acoger los principios de coherencia o aceptabilidad justificada que son criterios de decisión sobre la verdad pero que no son la verdad misma.<sup>43</sup>

No obstante, esta crítica solo es aplicable cuando se entiende la disminución del estándar de prueba como lo verosímil o lo meramente posible, evento en que la sentencia se emitiría con duda probatoria. Sí se entiende la probabilidad preponderante en el sentido en que la epistemología lo ha tomado no tiene problema alguno en acogerse. En la epistemología, explica Ferrajoli, la probabilidad preponderante hace referencia a que en todo proceso judicial que se rige por la libre apreciación el razonamiento probatorio es probabilístico, y para efectos de hacer corrección del mismo se acude a los criterios de la coherencia y a la aceptabilidad justificada. La

---

42 Cfr. la mencionada aclaración de voto de Enrique Gil Botero a la sentencia 28106 de 2007 menciona el indicio como aligeramiento. Asimismo, en la citada sentencia 15382 de 2007 habla en términos de “probabilidad determinante”. La mencionada sentencia 16701 de 2009 se refiere a la prueba “indiciaria” o “probabilística” como una categoría que no llega a la certeza.

43 RUIZ JARAMILLO, Luis Bernardo y VELAZQUEZ HERRERA, Rosmery. La valoración de la prueba en la responsabilidad por la actividad médica, concepto de probabilidad y las garantías procesales. En *Revista Estudios de Derecho*. Medellín: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia. 2006. Vol. LXIII, No 142. p. 183.

coherencia le permite al juez aceptar o rechazar la hipótesis esgrimida por una de las partes si la misma se encuentra acorde con los principios lógicos, entre ellos, el principio de no contradicción, el cual impide tener como verdadera una hipótesis si se ha contradicho con argumentos que se tienen como verdaderos. Por ello, la coherencia no resulta suficiente criterio para establecer la verdad. En este tipo de conflictos surge el criterio pragmático de la aceptabilidad justificada, con el fin de que el juez pueda declarar la verdad a favor de la hipótesis más simple, la dotada de mayor capacidad explicativa y, sobre todo, que sea compatible con el mayor número de pruebas y conocimientos adquiridos con anterioridad<sup>44</sup>.

En materia penal, dice Ferrajoli<sup>45</sup>, para ser aceptada como verdadera, la hipótesis acusatoria no sólo debe ser confirmada por varias pruebas y no ser desmentida por ninguna contraprueba, sino que también debe prevalecer sobre todas las hipótesis en conflicto con ella, las cuales deben resultar refutadas. Cuando no resulten refutadas ni la hipótesis acusatoria ni las hipótesis en competencia con ella, la duda se resuelve, conforme al principio del *in dubio pro reo*, contra la primera.

En materia civil, según Marina Gascón<sup>46</sup>, “[...] la racionalidad exige un grado de probabilidad mínimo del que ningún orden jurisdiccional debería abdicar, a menos que estemos dispuestos a concebir la decisión probatoria como irracional. Ese grado mínimo lo constituye la probabilidad preponderante [...] [según este estándar] una hipótesis sobre un hecho resultará aceptable o probada cuando sea más probable que cualquiera de las hipótesis alternativas sobre el mismo hecho manejadas o consideradas en el proceso y siempre que dicha hipótesis resulte “más probable que no”, es decir, más probable que su correlativa hipótesis negativa. El concepto del “más probable que no” o de la *preponderance of evidence*, de acuerdo con Taruffo, es explicable ya que resulta racional a la vista de los objetivos que se le asignan al proceso civil. Incluso en caso de exigir un grado más exigente de probabilidad, como el caso de la jurisprudencia alemana, no se llega a la alta exigencia que se requiere en los procesos penales, prueba más allá de la duda razonable<sup>47</sup>.

---

44 Cfr. FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón [...], Op. Cit. p. 53, 66, 149, 150. En sentido similar, ver Marina GASCÓN ABELLÁN —Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 1999— pp. 115, 157-160.

45 Ibíd. p. 151.

46 Ver, GASCÓN ABELLÁN, Marina. La prueba del nexo de causal en la responsabilidad patrimonial sanitaria. En: Responsabilidad Civil y del Estado. No. 27 (Junio de 2010) p. 127-164. Medellín: Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado, 2010. p. 140.

47 Al respecto, Michele TARUFFO —Tres observaciones sobre “por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar” de Larry Laudan. En: Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, No. 28 (2005), pp. 115-126. Alicante: Universidad de Alicante, 2005. p. 119—.

Por lo tanto, cualquier conjunto de pruebas, incluyendo la prueba indiciaria, conlleva a una verdad probabilística y usualmente, implica acudir a criterios pragmáticos como la coherencia y la aceptabilidad justificada para determinar en cada caso cuál de las hipótesis tiene mayor capacidad demostrativa. No obstante, en materia penal es necesario que la hipótesis de la acusación no sólo sea prevalente sino que también se encuentre descartada la hipótesis contraria o de la defensa. En materia civil basta para acoger la hipótesis que sea prevalente y que la hipótesis contraria resulte menos probable. Por lo tanto, probabilidad, *per se*, no es sinónimo de duda probatoria, sino la condición habitual en que el juez se encuentra frente a la prueba. Por lo tanto, no puede confundirse prueba indiciaria con la probabilidad.

Cuando la corriente jurisprudencial condensada en la sentencia 15772/06 asimila la probabilidad preponderante al indicio lo que se genera es una forma de argumentar en la que se incurre en la falacia de la falsa analogía, ya que, en cierto modo, se equipara la prueba indiciaria con la probabilidad preponderante, y por esta vía, los efectos y características de ésta son reconducidos hacia aquélla y se le hace desaparecer por sustracción de materia. La probabilidad es la forma de ser de todas las pruebas judiciales; el indicio, por su parte, como se verá en el acápite que sigue, es una prueba que tiene una doble inferencia, pero muchas veces con mayor capacidad demostrativa que otras pruebas.

En términos del iusfilósofo español Juan Igartua, el conocimiento humano se consigue por constatación o por inferencia. No obstante, el juez no puede constatar el hecho que interesa al proceso, ya que el mismo ocurrió en el pasado, y por ello sólo puede demostrarlo inferencialmente. Pero como la inferencia probatoria “[...] es una técnica racional consistente en el caso de un «particular a otro particular a través de la mediación de un universal», siendo el primer «particular» no evidente y careciendo normalmente el «universal» de valor absoluto, se desemboca en una conclusión carente de necesidad lógica y, por lo tanto, solo probabilista”<sup>48</sup>. En función de esta consideración, se estudia a continuación el asunto del razonamiento judicial y el indicio.

### 3. EL RAZONAMIENTO JUDICIAL Y LA PRUEBA INDICIARIA

Es usual hablar de los aligeramientos probatorios haciendo referencia a tres eventos: de un lado, a la teoría de la probabilidad preponderante, del otro, a la teoría de la

---

48 IGARTUA SALAVERRIA, Juan. Los indicios tomados en serio. En: ATIENZA, Manuel, et all. Interpretación y razonamiento jurídico. Vol. 1. Lima: Ara, 2009, p. 486.

prueba *prima facie* o *res ipsa loquitur* (culpa virtual), y finalmente, al indicio. Para los efectos del presente trabajo, la probabilidad preponderante se toma, propiamente, como una teoría de la disminución del estándar de prueba; posición que no puede asumirse con respecto a las pruebas *prima facie*, ni la indiciaria. La *prima facie* es el reconocimiento de una situación especial que facilita la prueba, no tanto porque el grado de la misma se disminuya sino, sobre todo, por lo evidente o flagrante como aparece el nexo entre la conducta del agente y el daño. Con respecto al indicio, la tesis que se defiende, es que si se toma en serio, como prueba, no puede concebirse como una *probatorio minor* o una forma de prueba incompleta, ni tampoco como un sucedáneo ante la ausencia de una prueba directa o completa.

Se parte aquí de la idea de Ferrajoli, según la cual, hay que diferenciar entre prueba (medio) y contenido probatorio<sup>49</sup>. Las pruebas contienen indicios, pero éstos mismos no son los medios de prueba. Por tanto, de las pruebas, con la ayuda de las máximas de experiencia, se infieren hechos que se denominan indicadores, y a partir de éstos se hacen inferencias, con ayuda de las máximas de experiencia, de otros hechos. El indicio no se produce en el proceso de la misma manera que una fuente o un medio de prueba, sino que tiene vocación de ser apreciado y creado por el juez al momento de la valoración de la prueba. Esto significa que el indicio se estructura es en el razonamiento del juez en la valoración de la prueba, pues este es el momento en el que aquél hace inferencias a partir de los medios de prueba que están disponibles en el proceso.

En efecto, en materia probatoria existen dos tipos de inferencias: la una es directa y consiste en que del medio o la fuente de prueba se deduce inmediatamente, con la ayuda de las máximas de experiencia el asunto que interesa probar; la otra, es indirecta o indiciaria, en ella el medio de prueba revela un hecho del pasado del cual, a su vez, se extrae el hecho tema de prueba. En este último caso existe una doble inferencia: la que se forma con ayuda de las máximas de experiencia que va del medio o la fuente de prueba al hecho base del razonamiento y de éste, también mediante las máximas de experiencia, se establece el hecho que interesa al proceso. De esta forma, la prueba judicial, sea directa o indirecta, implica al momento de su valoración, la realización de inferencias a partir de las máximas de experiencia (comunes o científicas). En muchos casos, la inferencia directa tiene mayor fuerza demostrativa que la indirecta; pero en otros, la indirecta tiene mayor capacidad demostrativa, como en el caso de la huella genética como indicador de la filiación

---

49 Para Luigi FERRAJOLI —Derecho y razón, Op.Cit. p. 132—, prueba es el hecho probatorio experimentado en el presente del que se infiere el delito u otro hecho del pasado. Por su lado, el indicio es un hecho probado del pasado del que se infiere el delito u otro hecho.

natural<sup>50</sup>. En términos de Igartua, ontológicamente, la prueba indirecta o indiciaria no puede tomarse como diversa, o como menor, o incompleta con respecto a la directa; las pruebas se clasifican mejor por la fuerza de convicción que tengan, y esto depende es de la calidad de las máximas de experiencia que se usen para hacer las inferencias, más que del carácter directo o indirecto de las mismas<sup>51</sup>.

La prueba indiciaria es utilizada en diversos eventos por la jurisprudencia administrativa en aras de establecer el nexo causal. Por ejemplo, el caso de una mujer que fue sometida a una cirugía de vesícula, luego, en el postoperatorio, a pesar de que se estaba recuperando satisfactoriamente, en la misma clínica, le da una infección respiratoria y finalmente muere por troboembolitis pulmonar. La sentencia en cuanto al nexo causal hace un estudio de los indicios así: es una mujer joven, con buen estado de salud, excepto por la afección de la vesícula; la cirugía que se le había practicado estaba evolucionando positivamente; al quinto día de la cirugía presentó fiebres y se le practicaron exámenes que dieron como resultado una posible infección. A pesar de los síntomas de infección no se le realizaron las pruebas diagnósticas específicas a tiempo, ni tampoco los tratamientos indicados para la situación<sup>52</sup>.

En este caso, estrictamente, no se hace uso de la prueba indiciaria para establecer el hecho generador del nexo causal, sino que más bien se hace una interpretación de las circunstancias que integran la ley de cobertura que permite conectar el hecho generador y el generado. Por lo tanto, más que prueba indiciaria se está haciendo uso es más bien de la relación indiciaria; la cual se constituye por la máxima de experiencia o ley de cobertura que permite hacer la inferencia directa o la indirecta. Hay que tener en cuenta que la experiencia científica también opera con razonamientos inferenciales en la interpretación de hechos. En este caso, el juez está haciendo uso de su conocimiento privado para sustituir el papel del perito, que es, entre otras cosas, el de integrar al proceso la experiencia científica. En efecto, las circunstancias de que se trata de una mujer joven y que el posoperatorio sobre la vesícula evolucionaba positivamente se interpretan con las leyes de cobertura para descartar la conexión del resultado muerte con la actividad quirúrgica y reforzar a su vez, el nexo entre la muerte y la omisión de tratar adecuadamente la infección pulmonar. En este evento se confunde el indicio con la experiencia científica misma.

---

50 RUIZ J., Luis Bernardo. La valoración racional de la prueba como derecho fundamental. El caso de la verdad procesal en el proceso penal. En: Ferrer Beltrán, Jordi et al. La prueba y la decisión judicial. Medellín: Universidad de Medellín, 2010. p. 108-110.

51 IGARTUA, Op. Cit. p. 493-496.

52 Ver, Consejo de Estado, Sección 3ª. Sentencia del 11 de mayo de 2006. Radicado: 68001-23-15-000-1995-00935-01(14400).



No se trata de decir aquí que la causalidad no pueda establecerse con ayuda de la prueba indiciaria, por el contrario, hay unos indicios que resalta la sentencia 15772 de 2006 que se constituyen a partir de las pruebas en el proceso, los cuales, interpretados a partir de las máximas de experiencia, permiten establecer posibles causas del daño de que trate el caso. La misma sentencia 15772 resalta que la falla o la causalidad se pueden establecer así:

[...] por ejemplo, de la renuencia a suministrar la historia clínica, o hacerlo de manera incompleta, o no documentar datos relevantes de la prestación médica, puede inferirse el interés de la parte de ocultar un hecho que le resulta adverso a sus intereses; como puede serlo también en contra de la parte demandante, el negarse a la práctica de un examen médico con el fin de establecer la veracidad de las secuelas que hubiera podido derivarse de una intervención, o el ocultar información sobre sus antecedentes congénitos, que por ejemplo, pudieran tener incidencia sobre la causa del daño aparentemente derivado de la intervención médica.

De otra parte, en el campo de la obstetricia se ha fundado una línea jurisprudencial en la que se rechaza la responsabilidad objetiva y se acoge la prueba indiciaria. En efecto, se toma como indicio la circunstancia de que el diagnóstico sea de normalidad en la salud de la gestante, y luego, inexplicablemente, aparecen enfermedades o patologías en la paciente que conducen a graves daños en su salud o a la muerte<sup>53</sup>. En estos casos, hay que estar de acuerdo con esta línea jurisprudencial que es propio hablar de prueba indiciaria ya que un diagnóstico de normalidad en la gestación y luego, en forma sorpresiva aparece una patología, lleva a considerar por inferencia que hay una conducta negligente; la cual a su vez, con la ayuda de ley de cobertura tiene nexo con el daño. Se advierte que este indicio no debe aplicarse a la manera de prueba tarifada, ya que implicaría una inversión probatoria permanente, por lo que debe someterse a la libre valoración racional por el juez en cada caso concreto.

La figura de la prueba *prima facie*, también se ha tratado de explicar a partir del indicio. Con tal figura se acepta que en situaciones excepcionales se puede dar por probada la culpa o el nexo causal a partir de la presencia de ciertos daños debidamente probados, que por su característica especial y por las circunstancias que los rodean permiten inferir al Juzgador la existencia de la falla del servicio y del nexo causal.<sup>54</sup> Por ejemplo, en el caso en el que en el posoperatorio se descubre un

53 Ver las siguientes sentencias del Consejo de Estado, Sección 3ª: 14400 del 11 de mayo de 2006. 15332 del 14 de julio de 2005. 16085 del 26 de marzo de 2008 (Rad. 25000-23-26-000-1993-09477-01). Y la 18364 del 19 de agosto de 2009 (Rad: 76001-23-31-000-1997-03225-01, Consejero Ponente Enrique Gil Botero)

54 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de mayo de 2009, exp. 15033 Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Citada en la Sentencia 18364 de 2009, Consejera Ponente: Enrique Gil Botero.

compresoma, la jurisprudencia considera que el hecho de que la infección hubiera empezado pocos días luego de la cesárea es indicio del nexo causal<sup>55</sup>. Si bien el indicio podría usarse para establecer que al último ente o personal médico que realizó un tratamiento quirúrgico le es atribuible el oblitio quirúrgico generador del daño; no obstante, el nexo entre esta conducta y el daño es un asunto que se establece con la experiencia médica. Esta experiencia opera con inferencias que se hacen de unos hechos particulares (temperatura, tiempo, cuerpo extraño) hacia otros (fiebre, infección, procedimiento quirúrgico). Se insiste, cuando el juez realiza el mismo razonamiento de los peritos, está haciendo uso de un conocimiento privado que le está prohibido. Lo particular de estos casos es que se trata de una ley de cobertura tan evidente que se exime de prueba pericial su acreditación al proceso, y el juez puede integrarla por sentido común<sup>56</sup>.

Por lo tanto, la prueba indiciaria tiene idoneidad para probar la conducta generadora del daño; pero el nexo entre esta y el daño mismo no es un asunto del indicio sino de las leyes de cobertura. Decir que el indicio prueba el nexo entre la conducta y el daño es confundir el indicio con la máxima de experiencia o la ley de cobertura.

Ahora bien, en cuanto a los casos en los que se ha reconocido la pérdida de oportunidad es pertinente analizar el papel del indicio en los mismos. En la pérdida de oportunidad existe un patrón consistente en que, usualmente, se presentan dos o más cursos causales dirigidos hacia el mismo resultado: o el perjuicio obedece a la evolución natural de la patología, o puede ser el producto de una omisión (en cuanto al diagnóstico o al tratamiento adecuados) que permite el desarrollo de los efectos del primer curso causal. Por ejemplo, el caso de la sentencia 16270 de 2008 en la que una mujer, luego de una inyección en un glúteo, le comienza un acceso infeccioso, luego de 3 meses de tratamientos muere por una sepsis generalizada. La sentencia consideró que al descuido de la paciente se le sumó también un tratamiento médico inadecuado, pues observa que la actuación de la entidad resulta mayormente reprochable, y su conducta mucho más censurable no asumió con seriedad la patología con la cual ingresó la paciente al servicio, ya que le dio de alta en condiciones de salud que no ameritaban su salida, y por la interrupción del antibiótico en la fase más delicada del tratamiento.

---

55 Cfr. Consejo de Estado, Sección 3ª. Sentencia 11301 del 22 de mayo de 1996. Consejero Ponente: Jesús María Jaramillo Ballesteros. Casos similares se pueden apreciar en las sentencias de la misma entidad: 18364 del 19 de agosto de 2009 (Radicado: 76001-23-31-000-1997-03225-01), y 16451 del 8 agosto de 2009 (Consejero Ponente: Enrique Gil Botero).

56 Explica DEVIS ECHANDÍA —Teoría [...] Op. Cit. p. 178— que en la llamada *prima facie evidence* hay que probar el hecho; pero las máximas de experiencia utilizadas para apreciar la prueba del daño resultan tan evidentes e indiscutibles que se exime de prueba más específica sobre la causalidad y la culpa.

Esta sentencia anuncia probar la causalidad mediante indicios, pero no determina cuáles son los hechos base, ni hacia a qué están dirigidos, ni las máximas de experiencia que sirven de soporte. Este caso, sin duda, encuentra mejor explicación y solución bajo la teoría de la probabilidad preponderante que pregonaba la jurisprudencia anterior. Precisamente, sobre la teoría de la oportunidad perdida, dice Marina Gascón, que “[...] se trata de un instrumento normativo que permite imputar responsabilidad y obtener una indemnización cuando no está probada la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño (por no alcanzar ésta el estándar de prueba exigido) pero está probado que dicho comportamiento ha hecho perder una significativa oportunidad de evitarlo”<sup>57</sup>. Por lo tanto, bajo la égida del estándar de prueba de la certeza no es posible hacer justicia en estos casos, pero bajo la probabilidad preponderante sí es viable considerar tal pérdida de oportunidad. Ni el indicio, ni ningún otro tipo de prueba, sirven para resolver el problema de los cursos causales concurrentes. Este problema debe ser resuelto mediante las herramientas normativas de la imputación objetiva, entre ellas, la disminución del estándar de prueba para calcular el riesgo adicional al que se somete el paciente por el prestador del servicio.

En suma, el indicio en la jurisprudencia del Consejo de Estado no siempre se toma como una prueba racional, en serio, que se construya a partir de los medios de prueba disponibles en el proceso y a partir de los mismos se hagan inferencias con ayuda de las máximas de experiencia. En muchos casos, se toma el indicio más bien a la manera de “caja de pandora” que se presenta como el remedio de todas las falencias o dificultades de prueba. Una de las tesis que se quiere entrar a probar, en otra oportunidad, es que una concepción laxa y poco ortodoxa del indicio le ha servido, a la línea jurisprudencial dominante mencionada, retornar a la solución de los casos a los cauces de un derecho con un modelo de Estado liberal clásico: figuras jurídicas predominantemente empíricas (culpa probada), sistema dispositivo procesal (carga de la prueba del artículo 177 *Ibíd.*) y certeza probatoria como estándar de prueba, que generen seguridad jurídica y libertad para los sujetos económicos que desarrollan el negocio de la salud, aunque en detrimento del axioma del Estado social de derecho que le da preferencia al derecho fundamental a la salud de la persona.

#### 4. CONCLUSIONES

- 1) Uno de los hallazgos más importantes de la jurisprudencia del Consejo de Estado, desde 1990 hasta la época de febrero de 2010, es que con base en la

---

57 GASCÓN ABELLÁN, Marina. La prueba del nexo de causal [...] p. 163

equidad en los años 90 la jurisprudencia varió de falla probada a presunta. De 1992 hasta el año 1999 hubo gran estabilidad en la jurisprudencia y a partir de este momento, con base también en la equidad se comenzó a socavar la seguridad jurídica anterior y la certeza en la verdad judicial, e inicialmente, se ingresó a la probabilidad preponderante y luego en el año 2000 entró en juego la carga dinámica de la prueba. También se fundó la teoría ecléctica como la de asumir la falla probada como regla general y permitir en casos especiales la carga dinámica de la prueba o algún aligeramiento probatorio. Finalmente, a partir de la sentencia 15772 de 2006 el Consejo de Estado, como doctrina dominante, reasume la falla probada, retorna a la carga del artículo 177 *Ibíd.* y se desecha la probabilidad preponderante.

- 2) El componente conceptual que permitió el movimiento jurisprudencial de vuelta hacia los esquemas clásicos fue el indicio. Desde el mismo año 1999 se fue generando un movimiento alrededor del indicio consistente en ver en éste como un aligeramiento probatorio que se puede parangonar a la probabilidad preponderante en el ámbito de la prueba de la relación de causalidad. Este movimiento se vino a concretar en la sentencia 15772 de 2006 en la que finalmente terminó por retornar a la prueba de la existencia del nexos causal, y se consolidó el indicio como la prueba que solucionaría cualquier dificultad o inconveniente. No obstante, se demostró que tal línea jurisprudencial parte de una concepción del indicio en la que en algunos eventos se confunde con la relación indiciaria, en muchos otros se nota su uso en forma estricta y ortodoxa, y, en otros, simplemente se enuncia su utilización al caso pero no se nota de qué forma se le hizo uso. En suma, no se asume, en todo caso, la prueba indiciaria en serio.
- 3) A partir del año 2007 se comienza a perfilar una línea jurisprudencial disidente con la teoría de la imputación objetiva, jalonada por el Consejero Enrique Gil Botero, en la que los componentes de la responsabilidad administrativa son predominantemente valorativos o normativos, y al mismo tiempo, prescinden del concepto de causalidad y se muestra de acuerdo con la disminución del estándar de prueba. Se trata de un movimiento que tiene una importante influencia y se avizora con mejores perspectivas conceptuales, si se mira desde el concepto de Estado social de Derecho, en el que la responsabilidad se impregna de componentes valorativos como el de solidaridad.
- 4) En fin, con esto lo que se quiere manifestar es que cuando la corriente jurisprudencial que recoge la sentencia 15772, con la que se pretende presentar al indicio como la prueba que puede superar todas las teorías que se han construido para la dificultad de prueba de la relación de causalidad y la falla del

servicio, no deja de ser sofisma de distracción para estructurarse un sistema de responsabilidad de tipo liberal clásico en detrimento del carácter de derecho fundamental que tiene la salud en el derecho colombiano. El indicio es una construcción racional a partir de los medios ordinarios del proceso que permite extraer inferencias de las cuales, a su vez, se establecen hechos, de los que, asimismo, con la ayuda de las máximas de experiencia, se busca establecer los hechos constitutivos del tema de prueba del proceso; y no puede tomarse como aligeramiento probatorio, o una *probatio minor*, o una prueba imperfecta.

## BIBLIOGRAFÍA

- CANZIO, Giovanni. La causalità tra diritto e proceso penale: modelli cognitivi e ragionamento probatorio. En: La prova scientifica nel proceso penale. Cataldo Neuberger Luisella, compiladora. Milano: Cedam. 2007. 549 p.
- CAPECCHI, Marco. El problema del nexo de causalidad en la responsabilidad civil: causalidad material y causalidad jurídica. En: Seminario de responsabilidad civil y del Estado presente y futuro. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2004. 150 p.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. T. I, 5.ª ed. Bogotá: ABC, 1995
- DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto. Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario. Granada: Comares. 2006. 309 p.
- FERNÁNDEZ, Mónica Lucía. La responsabilidad médica. Problemas actuales. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez. 2008. 608 p.
- FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y otros. Madrid: Trotta, 1995
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 1999
- GIL BOTERO, Enrique. Responsabilidad extracontractual del Estado. ed. 4ª. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez, 2010. 711 p.
- LE TOURNEAU, Philippe. La responsabilidad civil. Bogotá: Legis, 2004. 204 p.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. Responsabilidad por daños. Tomo I parte general. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni. 2004. 568 p.
- PARRA QUIJANO, Jairo. Tratado de la prueba judicial, indicios y presunciones. Tomo IV. Bogotá: Legis, 2005
- REYES ALVARADO, Yesid. Imputación objetiva. 3.ª ed. Bogotá: Temis. 2005. 431 p.
- IGARTUA SALVARRIA, Juan. Los indicios tomados en serio. En: ATIENZA, Manuel, et al. Interpretación y razonamiento jurídico. Vol. 1. Lima: Ara, 2009

- SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. La responsabilidad extracontractual del Estado. 4ª reim-  
presión. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. 2008. 748 p.
- TARUFFO, Michel. La prueba. Madrid: Marcial Pons. 2008. 324 p.
- VELÁSQUEZ, Fernando. Causalidad e Imputación objetiva. En: El estado actual de las  
ciencias penales. En: CALLE CALDERÓN, Armando Luis. Compilador. Bogotá:  
Jurídica Sánchez. 2009. 367 p.

### **JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA:**

- Sentencia del octubre 24 de 1990, Expediente 5902. Consejero Ponente: Gustavo de Greiff Restrepo
- Sentencia del 30 de junio de 1992, expediente 6897. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.
- Consejero Ponente, Mauricio Fajardo Gómez en sentencia del 14 de abril de 2010. Radicado 25000-23-26-000-1994-00379-01(18285)
- Sentencia del 10 de febrero de 2000, expediente 11.878
- Sentencia del 31 de agosto de 2006, expediente 15.238; y del 30 de noviembre del mismo año, expedientes 15.201 y 25.063;
- Sentencia del 23 de abril de 2008, expediente 15.750
- Sentencia del 11 de mayo de 2006, expediente 14.400
- Sentencia 18163 de 2009, Magistrado Ponente: Fajardo Gómez
- Sentencia del 11 de noviembre 2009. Radicado: 05001-23-26-000-1995-01935-01
- Sentencia del 31 de agosto de 2006, Radicación número: 68001-23-31-000-2000-09610-01(15772). Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.
- Sentencia del 10 febrero 2000, radicado: 11878. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.
- Sentencia del 22 de marzo de 2001—Consejo de Estado, Sección 3ª. Radicado número: 25000-23-26-000-1992-8384-01(13166). Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque
- Sentencia del 11 de abril de 2002. Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Radicación número: 23001-23-31-000-1996-6729-01(13330).



Autora: Adriana Botero Martínez

Título: Ah-gata

Técnica: Pinturas vidriadas sobre cartón

Dimensión: 20 x 21

Año: 2009

## ***ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA IDEA DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES COMO CONTRATOS EN COLOMBIA\****

---

\* Este artículo es un resultado del proyecto de investigación denominado: “Derechos de los accionistas en la Ley 1258 de 2008”, desarrollado en la línea de investigación en Derecho de la Empresa, de la Escuela de Derecho de la Universidad Eafit Medellín. En el proyecto participan como coinvestigadores principales Norma Nieto Nieto y Ramiro Rengifo, cuenta con la participación de estudiantes como auxiliares de investigación y es financiado por la dirección de investigaciones de Eafit.

Fecha de recepción: septiembre 15 de 2010

Fecha de aprobación: octubre 21 de 2010

## ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA IDEA DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES COMO CONTRATOS EN COLOMBIA

*Norma Nieto Nieto*<sup>\*\*\*</sup>

### RESUMEN

Este trabajo pretende mostrar como en Colombia ha regido la *teoría contractualista y pluralista* en materia de sociedades comerciales. En primer lugar mediante un recuento histórico sobre las prácticas mercantiles que son antecedentes de las sociedades modernas; en segundo lugar, mediante el seguimiento histórico a las normas del Código de Comercio, Decreto 410 de 1971, que consagran la naturaleza jurídica de la sociedad como un contrato. Estos dos elementos permitirán fundamentar las hipótesis según las cuales: a. La *teoría contractualista y pluralista de las sociedades* en Colombia tiene origen y sustento en las agrupaciones que, con el ánimo de reunir esfuerzos y capitales, se conformaron en las prácticas mercantiles anteriores a las codificaciones. b. La *teoría contractualista y pluralista de las sociedades* se apoya en la idea europea, contenida en los códigos decimonónicos que llegaron a Colombia con la recepción del derecho mercantil positivo.

**Palabras clave:** Sociedades, contrato de sociedad, pluralidad, unipersonalidad.

### HISTORICAL PRECEDENTS ABOUT IDEA OF THE BUSINESS COMPANIES HOW CONTRACT IN COLOMBIA

#### ABSTRACT

This job tries to show how in Colombia has applied *contractual and plurality theory* in business companies topic. First of all, by means of a historical recount about the business practices that are precedents to the modern companies; second of all, by means of historical monitoring to the norms of the Commercial Code, Decree 410 of 1971, that regulates the legal nature of the company how a contract. These two elements will allow to base these hypotheses: a. *Contractual and plurality theory about companies* in Colombia has its origin and support in the groups that, with intention to collect efforts and capitals, they were created in the trade practices previous to the codifications. b. *Contractual and plurality theory about companies* supports it in the european idea, that is contained in the codes of XIX century that arrive to Colombia with the reception of the positive company law.

**Keywords:** Company, company contract, plurality, unipersonal.

---

<sup>\*\*</sup> Norma Nieto Nieto es abogada de la Universidad de Antioquia, Especialista en Derecho de los Negocios de la Universidad Externado de Colombia, Magíster en Derecho Privado de la Universidad Pontificia Bolivariana y Aspirante a Doctora por la Universidad de Buenos Aires. Es profesora de Tiempo completo y directora de la línea de investigación en Derecho de la Empresa de la Escuela de Derecho de la Universidad Eafit. E mail. nnietoni@eafit.edu.co, Tel 2 61 95 00 ext. 9589. Dirección postal carrera 49 7 sur 50 avenida las Vegas Medellín.



# ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA IDEA DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES COMO CONTRATOS EN COLOMBIA

## NOTAS PRELIMINARES

En Colombia ha regido<sup>1</sup> una estricta *teoría contractualista y pluralista de las sociedades comerciales*, sustentada, fundamentalmente, en la prescripción normativa contenida en el artículo 98 del Código de Comercio, vigente desde la promulgación del Decreto 410 de 1971, los trabajos de la doctrina y las decisiones de las Cortes. Sin embargo, aun desde 1958, época en la que la comisión redactora presentó el

---

1 “La sociedad es y seguirá siendo una figura contractual del derecho privado, sin que las características especiales de algunas de ellas permitan cambiar esta concepción” (Gaviria Gutiérrez, 2004: 38). “En el derecho colombiano la naturaleza jurídica de la sociedad, como contrato, no admite discusión alguna, y menos su condición de contrato plurilateral de colaboración. Así aparece manifiesto en el artículo 98 del Código de Comercio” (Gil Echeverri, 2004: 1-5).

“La sociedad es un contrato consensual, por el cual dos o más personas se comprometen a poner ciertas cosas en común para sacar de ellas una utilidad apreciable en dinero. No hay en la sociedad, como en la venta y el arrendamiento dos papeles distintos. Todos los asociados están sujetos a las mismas obligaciones, sancionadas por la misma acción *pro socio*” (Petit, 1993: 506).

“Es decir, este artículo [se refiere al artículo 116 de la legislación mercantil española] formula una definición del contrato de sociedad mercantil que contiene, de paso, el concepto de contrato de sociedad en general, en vez de limitarse, como en los otros contratos, a mencionar los ingredientes de comercialidad que transforman el contrato civil, cuyo concepto se supone en el correspondiente contrato mercantil, define el contrato peculiar de todo contrato de sociedad, cuya esencia se vincula necesariamente a la obligación de poner algo en común para obtener una ganancia que ha de dividirse entre los socios” (Garrigues, 1987: 309-310).

“La sociedad es un contrato y a él se mantiene aferrada” (Narváez, 1997: 111).

“Necesariamente la sociedad debe tener un basamento legal, contractual. No se trata de un contrato cualquiera, común y corriente. Estamos frente a un contrato especialísimo. Tiene como característica particular producir el nacimiento de un ente que era antes inexistente. Su objetivo es darle vitalidad a una forma asociativa mercantil con voluntad autónoma, regulada por sus propios reglamentos y con la finalidad de desarrollar un objetivo preestablecido, según el querer de los asociados” (Leal Pérez, 1996: 19).

Aunque defiende la teoría según la cual asistimos al debilitamiento de la teoría contractualista, Reyes Villamizar destaca la vigencia de ésta en Colombia. “Como se ha afirmado, el derecho mercantil colombiano se mantiene fiel a un sistema rigurosamente contractual para la creación de la sociedad y para su personificación jurídica. Según ese mismo régimen legal, la estructuración jurídica de la sociedad presupone la ocurrencia de la pluralidad de individuos. [...] La Ley 222 de 1995 no modificó ni subrogó la disposición citada. Por ello, a lo menos en el plano teórico, puede aseverarse que no es viable que exista una sociedad sin la presencia de un número plural de asociados” (Reyes Villamizar, 2006a: 88).

proyecto que antecedió al Código, se discutía en algunos sectores de la doctrina internacional y local acerca del advenimiento de una teoría que defendía la posibilidad de constitución y personificación jurídica de sociedades originadas en actos unilaterales de voluntad. Que superaba la pluralidad como requisito de existencia de las sociedades.

Durante los últimos veinte años, estas discusiones son cada vez más frecuentes y sustentadas en avances normativos y jurisprudenciales de orden internacional<sup>2</sup>. Enunciaré brevemente algunas de las críticas propuestas por la doctrina en torno a la idea de la sociedad como contrato, para contextualizar el ambiente en el que algunas normas propenden por el *debilitamiento de la teoría contractualista*.

Se ha discutido por la doctrina la existencia de un verdadero carácter contractual de las sociedades<sup>3</sup> luego del acto constitutivo y aun desde el momento mismo de su constitución, sobre todo, en el caso de las sociedades por acciones. En primer lugar, por la presencia de abundantes normas imperativas que regulan múltiples aspectos de las compañías, para la protección de los accionistas minoritarios y los terceros, o para regir las relaciones entre los accionistas, los administradores y los terceros acreedores de la sociedad, de suerte que la ley termina por definir la mayor parte de los elementos de organización, funcionamiento, responsabilidad, riesgo y extinción de la persona jurídica. Ello implica que el ámbito de la autonomía de la voluntad de los asociados constituyentes se restrinja, y que su poder de definición sobre el contrato y la persona jurídica mediante pactos convencionales sea cada vez más limitado y termine circunscrito a las estrictas reglas del tipo contenidas en la ley<sup>4</sup>.

Tratándose de sociedades de capital abiertas, cuando un inversionista adquiere acciones en la bolsa de valores difícilmente pretende convertirse en asociado, en el sentido real del término. Probablemente nada conozca sobre la empresa, sólo adquiere los títulos al azar por designación de su agente de cambio, su vendedor o su banquero; en unos días o meses las revenderá y poco le importará el número o el

- 
- 2 La legislación del Estado de Delaware en el artículo 101 (a) de la Ley general de sociedades reconoce “Cualquier persona, sociedad de personas, asociación o sociedad de capitales, individual o conjuntamente con otros y sin consideración a su lugar de residencia, domicilio o Estado de constitución, puede formar una sociedad de capitales, en los términos de este capítulo”. Igualmente, la legislación británica reconoce la sociedad unipersonal en la Ley de compañías limitadas privadas de un solo socio, expedida en 1992. Como también lo hace la Duodécima directiva de la Unión Europea sobre sociedades de capital unipersonales (Consejo de la Comunidad Europea, 1989).
  - 3 “Hay que destruir esta gran ilusión y para ello hay que empezar por confesar que los juristas han mantenido erróneamente la idea de que la sociedad por acciones se crea y vive por el juego del contrato” (Ripert, 2001: 80).
  - 4 Ver Guyon Ives, *Les sociétés Aménagements statutaires et conventiions entre associés*. Paris, Librairie Geenérales de Droit es Jurisprudence. 1999: 20

carácter de los otros accionistas o de los representantes de la sociedad. Difícilmente puede sostenerse que el accionista que adquiere el papel en el mercado celebra un contrato de sociedad con un ánimo de permanencia en él o, por lo menos, con un *animus societatis* definido. En muchos casos, este inversionista adquiere con un exclusivo ánimo de especulación, entiende la *acción* más como una mercancía que como el documento constitutivo de un estatus de accionista que le permite participar mediante el ejercicio de derechos políticos. No discute el contenido del contrato, más bien se adhiere al contenido del acto constitutivo y sus reformas.

En muchos casos en Colombia, y en los países donde se exige la celebración del contrato y la pluralidad de sujetos como requisito de existencia, los empresarios que quieren gozar de los beneficios de la personalidad jurídica para su actividad empresarial individual tienen que optar bien por constituir una *empresa unipersonal*, que en Colombia, por remisión expresa del artículo 80 de la Ley 222 de 1995 se acerca a la estructura de una sociedad de responsabilidad limitada, o bien adherir unos socios ficticios que aparecen en el acto constitutivo con la sola finalidad de cumplir el requisito legal. De esta forma optan por “socios testaferros” que solo aparecen en el papel para dar cumplimiento a las formalidades de constitución regular.

Gaillard, citado por Ripert, sostiene la existencia de la llamada *teoría de la institución*, en oposición a la teoría del contrato. Aquélla propone que la mayoría en las sociedades por acciones es una mayoría calculada por acciones, no por cabezas; por tanto, se precisa suponer que la minoría ha aceptado por anticipado las decisiones de la mayoría. De manera que si la asamblea toma decisiones sobre modificaciones no previstas al momento de la formación de la sociedad, lo cual puede hacer reunida bajo condiciones especiales de quórum y mayorías, y afecta de forma importante los estatutos, puede destruir el contrato. De esta manera, la sociedad que cambia y se transforma deja de parecer contrato para ser institución (Ripert, 2001: 80).

Otros, como Bainbridge, citado por Reyes Villamizar<sup>5</sup>, proponen la teoría del nexo contractual, según la cual, desde el punto de vista de la función económica esencial que cumplen las sociedades: el sujeto societario no es un ente, sino más bien un nodo en el que confluyen contratos explícitos e implícitos mediante los cuales se establecen derechos y obligaciones entre todos los participantes.

En Colombia se conocen algunas normas específicas que permiten mostrar intentos de la legislación hacia la flexibilización de requisitos de constitución<sup>6</sup> y excepciones de la pluralidad como presupuesto sustancial para la existencia, surgimiento y

---

5 Reyes, 2006b:18

6 Duración indefinida, objeto indeterminado, constitución por escrito privado.

permanencia de las sociedades; esto último lleva a aproximaciones hacia *la unipersonalidad societaria*. Las más importantes son conocidas como: *la unipersonalidad sobrevenida*<sup>7</sup>, la regulación para las *empresas de servicios públicos domiciliarios*<sup>8</sup>, *la empresa unipersonal de responsabilidad limitada*<sup>9</sup> y *la sociedad unipersonal*<sup>10</sup>.

De forma más contundente la *teoría contractualista* se ha debilitado a partir de la expedición de la Ley 1258 de 2008 que autoriza de forma explícita la constitución de un nuevo tipo de sociedades denominadas Sociedades por Acciones Simplificadas singulares o plurales, nacidas de actos unilaterales de voluntad o contratos. La nueva norma no deroga, modifica o adiciona el régimen contenido en el Código de Comercio vigente. Lo que implica una convivencia de ambos sistemas propicia para la discusión acerca de las razones que llevaron a nuestro derecho societario a adherir a *la teoría contractualista* durante tan extenso período de tiempo, las tensiones propias del advenimiento de una tendencia hacia el debilitamiento de aquella y las razones que posibilitan la implantación de modelos o esquemas unipersonales.

El proyecto de investigación a partir del cual se produce este artículo pretende como objetivo principal indagar acerca de los derechos de los accionistas en las sociedades por *Acciones Simplificadas*, no obstante teniendo en cuenta que mucho ha debatido la doctrina acerca de la autorización para la constitución unipersonal de sociedades, desde la Ley 222 de 1995 que crea la sociedad por acciones simplificadas; la ley 1014 de 2006, su decreto reglamentario 4463 del mismo año y la sentencia C 397 de 2007 que resuelve sobre su constitucionalidad, que autorizan la constitución unipersonal de las *llamadas sociedades del emprendimiento*, introdujimos la discusión sobre la *teoría contractualista de las sociedades* y *teoría del debilitamiento de la teoría contractualista de las sociedades*, que abordo en este artículo a partir de los antecedentes históricos de la primera de ellas.

## **1. LAS SOCIEDADES EN LAS PRÁCTICAS MERCANTILES. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PLURALIDAD.**

La razón fundamental en la que encuentra sustento el surgimiento de las sociedades coincide con la necesidad de otorgar a los particulares un mecanismo jurídicamente seguro, que les proporcionara, como efecto, la limitación de su responsabilidad

---

7 Artículo 218 numeral 3 del Código de Comercio.

8 Artículo 17 Ley 142 de 1994

9 Artículos 71 y siguientes Ley 222 de 1995

10 Ley 1258 de 2008

frente a terceros, en relación con la *teoría del patrimonio*, según la cual a cada persona corresponde uno y sólo un patrimonio indivisible. Por ello, en tanto se aceptaba que luego del cumplimiento de ciertos ritos se creaba un ente que sería el titular de un patrimonio distinto y separado del de sus integrantes, se lograba, también, la conformación de grupos de acreedores diferentes y de prendas comunes para ellos. Los acreedores de los socios tenían como prenda el patrimonio de éstos, y los acreedores de la sociedad tenían como prenda el patrimonio de la persona jurídica reconocida por el derecho.

La técnica de la sociedad se adecuaba a las exigencias de un capitalismo naciente que reclamaba capitales para el desarrollo de la actividad empresarial. La sociedad como mecanismo jurídico-económico permitía la reunión de varios sujetos que aportaban y la atracción de ahorro público para conformar un fondo social solvente y desarrollar el objeto social (Le Pera, 1974: 25).

Los orígenes históricos de las sociedades como agrupaciones, y su inclusión en las normas basados en contratos, o, por lo menos, siempre sustentados en la pluralidad de sujetos que concurren con el objetivo de reunir capitales y eventualmente asegurar una labor común para empresas de alto costo que no podría sufragar o acometer un solo sujeto, fueron determinantes para una concepción jurídica de la sociedad como contrato.

En los antecedentes históricos de las sociedades encontramos que sus primeras manifestaciones, para algunos autores, tuvieron lugar en la antigua Babilonia (Marsili, 2003: 15), pues el Código de Hammurabi reconocía la unión de esfuerzos para permitir el logro de determinadas finalidades, al plantear ciertos recursos jurídicos para la conformación de agrupaciones asociativas. En Grecia pueden identificarse los contratos llamados de *nautikon dancion*, de estrecha relación con la actividad marítima, en los que intervenían dos partes. La primera entregaba un aporte y un buque a la segunda, llamada Armador; a cambio, este último, si la actividad mercantil resultaba exitosa, devolvía el aporte y un interés variable según el riesgo de la empresa. Este contrato se destaca como un antecedente de la *commenda*, a su vez origen o antecedente remoto de la sociedad comandita y del contrato de cuentas en participación.

Posteriormente, en el Imperio Romano surgen dos antecedentes importantes, la *societas omnium bonorum* (Gayo, 1975: 151), donde se exigía a los partícipes aportar la totalidad de su patrimonio; ésta contaba, además, con una estructura familiar inflexible en la que se proscibía la entrada de terceros ajenos a la familia. Y la *societas unius negotiationis*, creada con el objeto de llevar a cabo transacciones de carácter internacional y para una sola operación o negocio, como la compraventa de esclavos. De esta última se derivan la *societatis vectigalium*,

constituidas por publicanos para mediar en el cobro de los impuestos entre el Estado y los contribuyentes<sup>11</sup>, y la *societatis unius rei*, como un contrato consensual de buena fe en el que persiste la idea del *ius fraternitatis*; los participantes aportaban sus bienes singulares para la obtención de un beneficio común para todos los socios. De igual forma, a finales del siglo II surgen las *commendas*, como asociaciones en las que uno de los socios era anónimo, llamado capitalista, y las participaciones de los socios en el capital se dividían en partes iguales.

Pero todas estas alusiones a las primeras formas asociativas no constituyen antecedentes muy definidos de las sociedades. Los primeros rasgos típicos de la estructura jurídica de éstas aparecen en la Edad Media, a la par con el surgimiento de los bancos y las compañías marítimas en Italia y de las sociedades familiares en Alemania.

Al finalizar las *invasiones bárbaras*, en el siglo XII, se reactiva el deseo de expansión e intercambio, y se constituyen, en Venecia, la *collegantia* y, en Génova, la *societas maris*, en la que intervenían un gestor o *tractans* que aportaba un cuarto del capital y se comprometía a ejecutar el transporte marítimo (considerado una tercera parte de los gastos) y un capitalista que aportaba dos terceras partes de los gastos de la empresa; al final de la expedición, el *tractans* retenía su cuarta parte por el aporte y una cuarta parte por los beneficios obtenidos, y el capitalista recuperaba el aporte más la ganancia de la empresa en sus tres cuartas partes.

En la misma época, aunque no de forma contemporánea, surgieron los contratos de *commendas*. En ellos intervenía el *socio commendator* o *socio stantus*, quien aportaba el 100% del capital o las mercaderías o el buque, permanecía oculto y asumía todo el riesgo de la empresa; por su parte, el *tractator* o *commendatario* acometía la expedición marítima con los bienes entregados por el *commendator*. Para garantizar el anonimato del *commendator*, la vinculación entre las partes era exclusivamente interna y regulada por escrito.

En 1407, en Génova, se fusionaron las compañías que desarrollaban actividad bancaria y se creó la Banca Di San Giorgio, que absorbió la totalidad de las sociedades financieras prestamistas del Estado; paulatinamente, se convirtió en suministrador de crédito a la República, recibió depósitos de los ahorristas y concedió créditos a los particulares. Al mismo tiempo, surge en Alemania la *Magna Societas Allemanorum*, estructurada sobre la empresa familiar y dedicada al desarrollo del comercio

---

11 Según Ripert, en ellas se admitía que los socios no eran copropietarios de una indivisión, sino que tenían bienes comunes como propiedad colectiva administrada por uno o varios de ellos; sus aportes formaban un patrimonio social distinto del de cada uno. (Ripert, 1988:20)

al por mayor, actividad que, al internacionalizarse, requirió capitales que recibió de inversionistas como capital de riesgo a cambio de un beneficio o tasa fija.

A partir de la última década del siglo XV, con los descubrimientos geográficos, se desarrolla el comercio internacional, y, con ello, las estructuras asociativas existentes necesitaron nuevas formas acordes con las exigencias del emprendimiento de las nuevas conquistas. A comienzos del siglo XVII surgen, en 1602, la Compañía Holandesa de las Indias Orientales<sup>12</sup>; en 1612, la Sociedad Inglesa de las Indias Orientales; y en 1616 y 1649, compañías similares en Dinamarca y Portugal. Francia funda, en 1664, la Compañía de las Indias Orientales y, en 1686, la Compañía General de Seguros y Préstamos a la Gruesa (Galgano, 1980: 75). Estas sociedades contaban con un capital representado en acciones y con un órgano de decisión colegiado denominado *asamblea*.

Se reafirma en ellas la noción de capital social formado con los aportes de los accionistas, de tal suerte que si el patrimonio social debe ser separado del patrimonio de los socios, es necesario que éste pertenezca a una persona. Por ello, con el advenimiento de las sociedades de capitales, donde el patrimonio de los socios es indiferente, se requirió personificar las sociedades. Para las grandes compañías, donde ningún socio respondía personalmente, se otorgó la personalidad por una concesión de autoridad expresada en una *carta real* (Ripert, 1988: 2).

## 2 LAS SOCIEDADES EN LA LEGISLACIÓN MERCANTIL. ANTECEDENTES DE LA IDEA DE LA SOCIEDAD COMO CONTRATO.

En los antecedentes históricos, las prácticas y la concepción acerca de la naturaleza jurídica de la sociedad que desde sus inicios tuvo el legislador son coincidentes. La *Ordenanza francesa del comercio* de 1673 incluyó una normativa para las *compañías* con rasgos como los de la comandita actual, legisló sobre la *sociedad colectiva* y la denominó como *general* o *libre*. Las *Ordenanzas de Bilbao*, de 1737, sobre *compañías de comercio*, regularon las sociedades generales o colectivas e introdujeron el requisito

---

12 “El desarrollo inusitado del comercio en el siglo XVI, ayudado por la aparición del liberalismo económico y la configuración del capitalismo comercial o mercantilismo, constituye el nuevo ambiente capitalista en donde toman importancia Holanda y luego Inglaterra. Holanda crea sus primeras sociedades, entre ellas la Compañía Holandesa de las Indias Orientales. Amsterdam empieza a jugar el papel de centro comercial a través de su bolsa (su edificio se inauguró en 1611), mediante el intercambio de letras de cambio las cuales ahora ya están plenamente configuradas como negociables y de las acciones de las nuevas compañías” (Rengifo, 1990: 24).

de publicidad para su constitución, registro que, a diferencia de la codificación mercantil francesa de 1808, se conservó en la promulgación del Código de Comercio español de 1829. El Código de Comercio francés de 1808 contenía un régimen jurídico específico para las sociedades comerciales y establecía diferencias entre la *sociedad colectiva o de personas* y las *sociedades de capital*; introdujo el concepto de empresa y de *sociedad anónima*. Sin embargo, hacía falta un instrumento propicio para los pequeños y medianos empresarios. Por ello, la ley alemana de 1892 crea la sociedad de responsabilidad limitada (*gesellschaft mit beschränkter haftung*), de manera que lograra adaptarse a la naturaleza de sus negocios.

En los países de Latinoamérica, la principal fuente de recepción de derecho positivo mercantil fueron los códigos europeos (el francés de 1808 y el español de 1829) (Olavarría, 1950: 164; Malagarriga, 1951: 44; Pinzón Gabino, 1985: 19-25, 37-67), aunque, sin duda, contenían normas que sobrepasaban sus necesidades y las estructuras de su comercio. En Brasil se promulgó el Código de Comercio en 1850; algunas de sus reformas, para mencionar solo las principales, fueron los decretos 2627 de 1940, sobre sociedades por acciones, y 7661 de 1945, sobre quiebras. México expidió su Código de Comercio en 1854, reformado casi en su integridad en 1889 por un código vigente desde el primero de enero de 1890 y de nuevo modificado por la Ley de 28 de julio de 1934, Ley General de Sociedades Comerciales, y por la Ley de Quiebras y Suspensiones de Pagos, de 31 de diciembre de 1942, siendo las reformas mencionadas las de mayor relevancia.

En 1890 se expide el Código de Comercio argentino, cuyas principales reformas se introdujeron: por la Ley 11.719 de 1933 Ley de Quiebras y por la Ley 19.550 de 1972, Ley de sociedades comerciales. El 1 de enero de 1867 empieza a regir en Chile el Código de Comercio, modificado por la Ley 3918 de 1923, sobre sociedades de responsabilidad limitada, y por el Decreto 1931, sobre sociedades anónimas.

La actividad societaria presentaba desde entonces, y aún hoy, tal agilidad en sus operaciones que reclamaba al derecho, de forma urgente, una regulación adecuada para sus realidades; así, todas las reformas a los primeros códigos hispanoamericanos, expedidos en el siglo XIX, obedecen a la materia societaria, permitiéndoles a las sociedades mayor estabilidad, desarrollo e instrumentos para afrontar las situaciones de crisis empresarial.

## **2.1 LA IDEA DE LA SOCIEDAD COMO CONTRATO EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA**

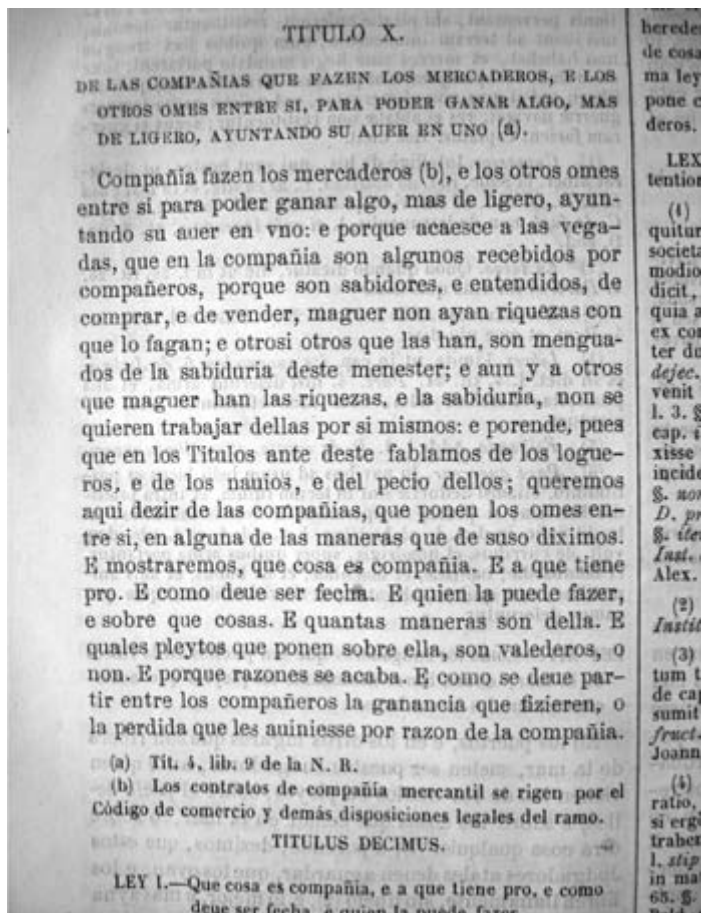
El Código de Comercio colombiano, por supuesto, también tiene su origen en los códigos europeos, especialmente en la legislación española. Por ello, al primer pe-



riodo que inicia la historia de nuestra codificación mercantil bien puede llamársele *periodo español*. La doctrina identifica, además, dos lapsos adicionales; el segundo coincide con la época del derecho nacional y el tercero, con la codificación propiamente dicha, resultado del movimiento político denominado La Regeneración.

### 2.1.1 PERÍODO. ESPAÑOL

En el periodo español se destacan cuatro compilaciones de leyes españolas de importante aplicación en la Colonia y aun después de la Independencia: *Las siete partidas*, *La recopilación de las leyes de los reinos de las Indias*, *Las ordenanzas de Bilbao* y *La novísima recopilación*.



Las siete partidas del rey Don Alfonso el sabio. Cotejadas con varios códices antiguos (1576). D. León de Amarita 8ed.) Madrid, Editorial Ignacio Boix. 5ª Ed. Quinta partida.

*Las siete partidas* son un estatuto expedido en 1625, que entró en vigencia en 1648, durante el reinado de Alfonso X. Esta compilación estaba integrada por siete tratados especiales. La quinta partida, por ejemplo, que se refiere a comercio, contiene, en su título 10, normas dedicadas “A las compañías que hacen los mercaderes y los otros hombres unos con otros por razón de ganancia”. Algunas de estas normas se refieren a: la formación de las sociedades, que podían darse hasta un tiempo determinado o por toda la vida de los socios; la capacidad para celebrarlas; su objeto; las *compañías particulares* y las *universales*; las facultades y pactos de los socios y los litigios entre ellos; la participación en las ganancias y las pérdidas, y la disolución de la sociedad.

*La recopilación de las leyes de los reinos de las Indias* se conformó, en 1680, bajo el reinado de Carlos II. Dividida en nueve libros, títulos y leyes, se constituyó en una recopilación de preceptos de administración y policía mercantil; reglamentaba ampliamente el comercio de monopolio de la metrópoli, sin contener normas sobre las compañías o sociedades.

En 1737, Felipe V, con el interés de crear un cuerpo normativo que sirviera para la separación de las disposiciones relativas al derecho mercantil de las de derecho común<sup>13</sup>, proclamó *Las ordenanzas de Bilbao*. Rigieron en casi toda la Europa de la época hasta 1829, época en la que se expidió el Código de Comercio español. Estaban divididas en 29 capítulos, subdivididos en números. Los capítulos 10, 11, 12, 13, 14 y 15 tratan sobre el comercio en general; de ellos, los capítulos 10 y 15 se ocupan en concreto de *las compañías de comercio*. Antonio José Uribe destaca el importante papel de las ordenanzas:

Ellas sometieron á (sic) reglas fijas la marcha de las limitadas operaciones mercantiles á (sic) que estaba reducido el tráfico colonial, dieron sólidas garantías a la buena fe y al crédito, imponiendo a los comerciantes la obligación de llevar una contabilidad regular; sirvieron de norma á (sic) los tribunales consulares para decidir justa y equitativamente las cuestiones entre comerciantes, y, en suma; sacaron el comercio del caos de la Recopilación Indiana, lo cual explica cómo, no obstante la proclamación de la República, estuvieron en vigor, en casi toda la América, más de treinta años después. (Uribe, 1907: 11)

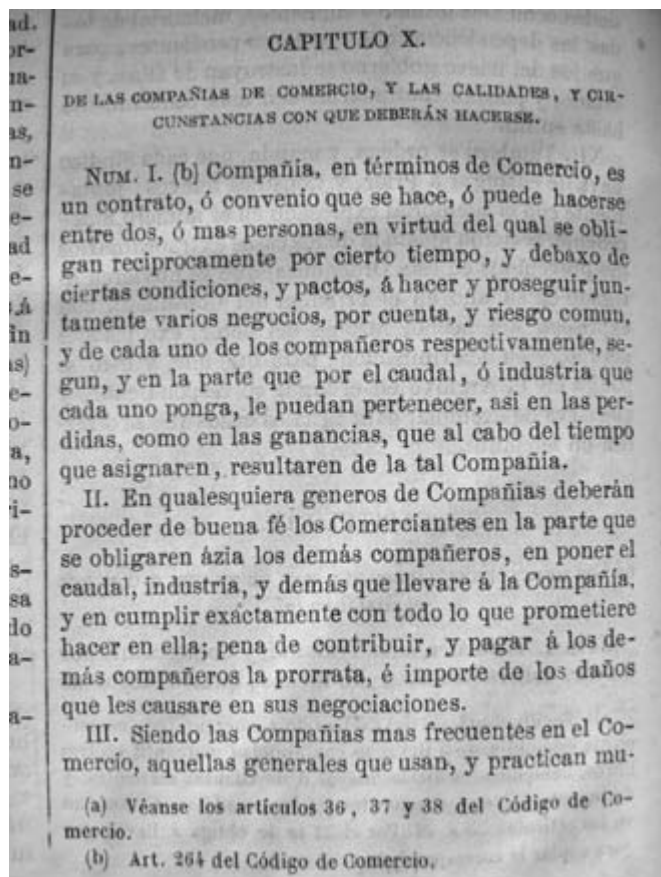
---

13 “Podría decirse que el derecho mercantil ha sufrido respecto del civil un doble movimiento en sentido inverso: primero, de separación hasta obtener un concepto y contenido peculiares; después de aproximación técnica al derecho civil en propia confesión de impotencia para una vida independiente o sustantiva. La insuficiencia o la inadaptación de las normas civiles (por ejemplo, la de mayor simplicidad de las formas de manifestación de la voluntad y la de más eficaz tutela del crédito, mencionadas por Rocco) determinaron ese proceso de separación del derecho mercantil con normas y jurisdicción propias” (Garrigues, 1966).

La *novísima recopilación* se expidió en 1805, durante el reinado de Carlos IV. Estaba compuesta por 12 libros, divididos en títulos. El libro 9 se ocupa de comercio, moneda y minas; el libro 10, de contratos, obligaciones, testamentos y herencias, pero no incluían normas para las sociedades.

### 2.1.2. EL DERECHO NACIONAL

El segundo periodo, *derecho nacional*, se caracteriza por la inclusión del artículo 18 en la primera Constitución colombiana de 1821, el cual preceptuaba que en Colombia continuarían rigiendo las leyes de la metrópoli hasta la expedición de los códigos propios. Durante este periodo se promulgaron algunas leyes sobre comercio exterior, exportaciones, comercio costanero y tribunales para el tema mercantil.



### 2.1.3. LA CODIFICACIÓN

*La codificación* (tercer periodo) deja en evidencia la imposibilidad en las colonias y en la misma España de continuar con la multiplicidad y variedad de normas sobre el tema mercantil, vigentes a principios del siglo XIX. España expidió, en 1829, su primer Código de Comercio, en parte copia del francés de 1807. La tarea de la codificación llevaría muchos años de esfuerzos, tanto en Europa como en los países hispanoamericanos, hasta el punto que nuestro sistema de leyes mercantiles se dividió en varios códigos.

El primero de ellos es el Código Nacional, sancionado el 1 de junio de 1853 para la Nueva Granada, casi una reproducción del Código español, pero sin incluir el libro 5 sobre jurisdicción comercial y procedimientos, reglamentado por la Ley de 16 de junio de 1853. El Código consta de 1.110 artículos, distribuidos en 4 libros, con títulos y secciones. El libro segundo trata sobre los contratos del comercio en general, las formas y efectos de éstos, las compañías mercantiles, las obligaciones derivadas de los contratos, las compras, ventas, permutas, préstamos, depósitos, fianzas, seguros de transporte terrestre y prescripciones mercantiles, entre otros. El artículo 1110 consagra una derogatoria expresa de *Las ordenanzas de Bilbao* y de todas las disposiciones sustantivas sobre comercio vigentes en la República hasta la fecha. Nótese que este Código trata las *compañías mercantiles* con los demás contratos.

La Constitución de 1858, que instauró el federalismo, autorizó a los estados soberanos para legislar en los variados y amplios campos del derecho privado, pero en el artículo 15 reservó para el Gobierno nacional: “Todo lo concerniente á (sic) la legislación marítima y á (sic) la del comercio exterior y costanero”. Entonces, de 1858 en adelante, del Código Nacional de 1853, sólo quedó con carácter nacional vigente el libro tercero sobre comercio marítimo. Algunos estados adoptaron el Código de Comercio de 1853, otros adoptaron el expedido en 1859 para el Estado de Cundinamarca. En Panamá, Santander y Cauca se expidieron, en 1869, 1870 y 1871, respectivamente, códigos de comercio terrestre, tomados del chileno de 1867, el primero, y los dos últimos del Código de Cundinamarca, con muy pocas variantes.

En 1886, la Constitución restableció la República Unitaria y decretó la unificación de la legislación civil y penal del país. La Ley 57 de 15 de abril de 1887, sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional, dispuso en su artículo 1:

Regirán en la República, noventa días después de la publicación de esta ley, con las adiciones y reformas que ella trata, los códigos siguientes. [...] El de Comercio del Extinguido Estado de Panamá, sancionado el 12 de octubre de 1869, y el Nacional sobre la misma materia, edición 1874, que versa únicamente sobre el comercio marítimo.

El artículo 3 de la citada ley, a su vez, indicó:

En el Código de Comercio de Panamá se entenderá República donde se habla del Estado de Panamá, y las referencias que en dicho código se hacen a las leyes del mismo Estado, se entenderán hechas á (sic) las correspondientes disposiciones de los Códigos Nacionales.<sup>14</sup>

El Código de Comercio del 12 de octubre de 1869, adoptado por la Ley 57 de 1887, en el título séptimo regula las sociedades: colectiva, anónima y comandita. En su artículo 463 preceptúa: “Toda persona capaz de comerciar es hábil también para celebrar el *contrato de sociedad*” (cursivas mías). A su vez, el artículo 466 indica: “*El contrato* consignado en un documento privado no producirá otro efecto entre los socios que el de obligarlos al otorgamiento de la escritura pública, antes que la sociedad dé (sic) principio á (sic) sus operaciones” (cursivas mías). Lo anterior evidencia claramente la concepción contractualista de la sociedad para el legislador y permite encontrar un antecedente normativo cercano al origen de esta teoría en Colombia.

Las codificaciones decimonónicas ponían en el centro del ordenamiento, como fuente principal, a la ley, y condicionaban de esta forma toda la estructura del sistema jurídico. El legislador no sólo hace el derecho, sino que es quien sabe el derecho. Los códigos civiles dirigen su atención al derecho de propiedad y a los instrumentos técnicos que permiten su circulación. Las decisiones de los jueces se limitan a resolver diferencias interpretativas menores y la doctrina acoge sin mayores discrepancias del texto de la ley las propuestas del legislador sobre la naturaleza de la sociedad como contrato. Los códigos civil y de comercio protegen las libertades civiles de los individuos en su vida privada, para defenderlos de las injerencias del poder político, mientras las declaraciones de derechos contenidas en las constituciones garantizan las libertades políticas de los individuos en sus relaciones con el Estado.

#### 2.1.4. EL PROYECTO DE CÓDIGO DE COMERCIO DE 1958

Desde los primeros años del siglo XX se inició un proceso de reforma a la legislación comercial mediante la Ley 27 de 1907, en la que se autorizaba al

---

14 Este código fue modificado por la Ley 27 de 21 de febrero de 1888, Ley 62 de 1888 y Ley 24 de 1888, todas sobre las sociedades anónimas. Decreto Ley 2 de 19 de enero de 1906, sobre sociedades o compañías *domiciliadas* en el extranjero, y Ley 40 de 1907, sobre representación de sociedades extranjeras. Estas reformas al Código de Comercio no modificaron la idea de la sociedad como un contrato, criterio que perdura en el actual Código de Comercio, Decreto 410 de 1971.

Gobierno Nacional para contratar la elaboración de un proyecto que mediante un código la unificara y actualizara. Luego de continuos intentos infructuosos en 1958 el Ministerio de Justicia recibió de la comisión revisora del Código de Comercio, integrada por Victor Cock, José Gabino Pinzón, Álvaro Pérez Vives, Efrén Ossa, Emilio Robledo Uribe y Guillermo Barreto Ferro el “Proyecto de Código de Comercio” en dos tomos, que contenían el proyecto y la exposición de motivos.

La propuesta de Código de Comercio contenida en el proyecto de 1958 divide el segundo libro, destinado a la regulación de las sociedades, en dos grandes partes: una dedicada al contrato de sociedad en general, respecto de la que anuncia como finalidad:

Codificar en forma de principios generales, todos los principios que deben ser comunes a las diversas especies o formas de sociedad Tomo II (Ministerio de Justicia. Proyecto de Código de Comercio, 1958: 88)

Y la otra, se ocupaba de regular

Los diversos tipos de sociedad que se proponen para codificar, también separadamente y con carácter de especiales, los principios propios de cada forma técnica de utilización de capital o del esfuerzo humanos Tomo II (Ministerio de Justicia. Proyecto de Código de Comercio, 1958: 88)

La exposición de motivos resalta los elementos novedosos del proyecto de Código al advertir que plantea una regulación diferente a la incluida en las legislaciones comerciales más avanzadas de la época<sup>15</sup>, que carecen de una concepción de esta clase y se limitan a regular cada tipo de sociedad, sin lograr desarrollar un sistema completo de principios generales pues solo contemplan unas breves nociones elementales.

En el proyecto se complementa la regulación que sobre *sociedad de responsabilidad limitada* se había propuesto desde la Ley 24 de 1937 que la comprendió como un tipo intermedio entre las sociedades de personas y las sociedades de capital; y se incluye como nueva figura la *sociedad de hecho*. Estas innovaciones, según la exposición de motivos, atendían al propósito de que cada forma de sociedad correspondiera a distintas necesidades o conveniencias de la vida de los negocios, esto es a que cada tipo de sociedad cumpliera una función económica distinta. Para complementar esta finalidad el proyecto también incluye límites al número de los socios, y topes máximos de capital según algunos tipos.

---

15 La mayoría de las legislaciones no incluían una declaración de principios, con excepción de la ley mejicana de 1934, el código Italiano de 1942 y el Código Japonés de 1954.

Del Libro Segundo y de las razones contenidas en la exposición de motivos correspondiente tienen mayor relevancia, por su relación con el tema que nos ocupa en este trabajo, los capítulos I y II, en los cuales la comisión redactora enfatiza en el siguiente elemento:

La concepción contractualista de la sociedad:

“Este primer capítulo tiene por objeto algunas nociones y principios generales que encuadran el negocio jurídico de formación de una sociedad comercial dentro de los contratos regulados por el derecho privado. Desde la misma denominación del capítulo se define la cuestión que se ha discutido en la doctrina moderna en el sentido de que la sociedad se forma por un contrato que da forma al *animus societatis* y que regula los diversos ángulos de ese acuerdo de voluntades que la comisión no ha querido emancipar de la técnica del contrato y encuadrar dentro de nociones que como la de la institución, tienen precisamente el defecto de ser cómodas para la especulación doctrinal porque son demasiado vagas, según la justa censura de Savatier y de Ripert” Tomo II (Ministerio de Justicia. Proyecto de Código de Comercio, 1958: 90)

El proyecto se presentó al senado y se publicó en dos volúmenes de escasa difusión, el primero contenía el articulado y el otro la exposición de motivos. Se comenzó a discutir desde la legislatura ordinaria de 1958. Los dos primeros libros fueron aprobados en sus debates y se recomendó, en la ponencia de Hernando Carrizosa Caicedo, su aprobación por la Cámara de Representantes. Así, estos dos primeros libros se adoptaron sin modificaciones. El proyecto se presentó en un total de siete libros acompañado del texto contentivo de la exposición de motivos, con algunas deficiencias explicables por la falta de una revisión final. Por Ley 16 de 1968 se otorgaron facultades extraordinarias al presidente de la República para que:

Previa una revisión final hecha por una comisión de expertos en la materia, expida y ponga en vigencia el proyecto de ley sobre Código de Comercio que se halla a la consideración del Congreso Nacional<sup>16</sup>

El proyecto final se adoptó como Código de Comercio por medio del decreto extraordinario 410 de 1971.

Se trata, pues, de un Código cuya mayor utilidad está en haber refundido y actualizado la legislación comercial, completándola con algunas instituciones nuevas, aunque es y no podía ser sino un código heterogéneo y extenso, dado el propósito de regular toda la llamada materia mercantil, tan variada y tan extensa como la vida económica misma. (Pinzón, 1985:90)

---

16 Numeral 15, artículo 20 numeral Ley 16 de 1968



#### 2.1.4. EL DECRETO 410 DE 1971

Luego de extensas discusiones el 27 de marzo de 1971 se promulgó, y hasta la fecha rige el Código de Comercio, Decreto 410, dividido en libros, títulos, capítulos, secciones, artículos y parágrafos. El artículo 2033 del decreto dispone:

Este código regula íntegramente las materias contempladas en él. Consiguientemente, quedan derogados el Código de Comercio Terrestre y el Código de Comercio Marítimo adoptados por la Ley 57 de 1887, con todas las leyes y decretos complementarios o reformativos que versen sobre las mismas materias, exceptuados solamente los que determinan el régimen de la Superintendencia Bancaria y de las sociedades sometidas a su control permanente, y el capítulo VI del decreto 2521 de 1950.

El libro segundo del actual Código de Comercio regula la materia societaria y la presenta en dos partes. La primera, de los artículos 98 al 293, está dedicada al contrato de sociedad, y, la segunda, a los tipos o formas tradicionales de la sociedad, en los artículos 294 a 514. Para algunos<sup>17</sup>, la finalidad de esta división no se cumplió nítidamente, ella se justificaba en la posibilidad de cierta libertad para los particulares con relación a las formas de asociación comercial, dentro del marco general de las sociedades. Al tenerlas en cuenta como contratos genéricamente considerados, con sus condiciones de existencia y validez, o al aceptar futuras reglas consuetudinarias más útiles a medida que las auténticas necesidades las reclamen.

El artículo 98 del Código reafirma la naturaleza contractual<sup>18</sup> y plural que ostenta la sociedad para el legislador, según algunos doctrinantes.

En igual sentido, el derogado artículo 2072 del Código Civil colombiano decía:

La sociedad o compañía es un contrato por el que dos o más personas estipulan poner un capital u otros efectos en común, con el objeto de repartirse entre sí las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación. La sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

---

17 Entre ellos Enrique Gaviria, quien al formular críticas a la estructura del libro segundo del Código defiende: "...con una regulación adecuada a estas condiciones generales y de sus principales desarrollos, los distintos tipos o formas de sociedad pueden o deben limitarse a lo que son modalidades o variantes que, sin afectar esas condiciones generales, permitan aprovechar la experiencia que va decantándose permanentemente en forma de reglas o formas consuetudinarias más útiles y más adecuadas que los preceptos legales que van envejeciendo a medida que va renovándose la vida comercial en sus distintas manifestaciones. (Gaviria, 1985:55)

18 El proyecto de reforma y expedición de un nuevo código de 1958 proponía una concepción más contemporánea de la sociedad. "La sociedad no es, estrictamente hablando, un contrato, sino que se forma por un contrato o mediante un contrato o mediante un acto plural de voluntad" (Cock, y otros, 1958: 90).



Esto constituye una clara adhesión a la concepción contenida en el artículo 1832 del Código Civil francés<sup>19</sup>.

Artículo 1832. La sociedad la instituyen dos o más personas que convienen por un contrato destinar a una empresa común bienes o su industria con el fin de compartir entre sí las ganancias o aprovechar la economía que de ello pueda resultar.<sup>20</sup>

Las principales reformas al Código de Comercio de 1971 han sido inspiradas en la necesidad de ofrecer esquemas eficientes al empresario en crisis; por ello, la mayoría, sin afectar el régimen de sociedades, propone procesos concursales que permitan dar un tratamiento adecuado, de modo que afecte lo menos posible a los acreedores, la generación de riqueza y el empleo. Sin embargo, la Ley 222 de 1995, además de incluir un nuevo régimen de procesos concursales<sup>21</sup>, complementó el libro segundo del Código de Comercio, sin afectar de forma definitiva la concepción plural y contractual de la sociedad.

Al observar los dos apartes anteriores, “Las sociedades en las prácticas mercantiles. Antecedentes históricos de la pluralidad” y “Las sociedades en la legislación mercantil. Antecedentes de la idea de sociedad como contrato”, podemos concluir que la forma plural como se dieron las prácticas societarias, en la realidad de los *empresarios* anteriores a los códigos del siglo XIX, condicionan la forma como el legislador comprendió la figura y produjo normas para ella. El consentimiento expresado por los socios para unir esfuerzos y capitales, mediante un aporte que permitiera desarrollar una actividad económica lucrativa, como expresión de la autonomía individual que generaba obligaciones, se entendió plural, como contrato, y no singular, como acto unilateral de voluntad.

- 
- 19 En Colombia, antes de entrar en vigencia la Ley 222 de 1995 y especialmente de su artículo 1, las sociedades civiles se regían por las normas del Código Civil. Hoy, todas con objeto civil o mercantil, se rigen por normas mercantiles.
- 20 La Ley No. 85-697 de 11 de julio de 1985, en su artículo 1, publicada en el *Diario oficial* de 12 de julio de 1985, rectificativo de 13 de julio de 1985, agregó al artículo 1832: “En los casos previstos por la ley, puede ser instituida por el acto de voluntad de una sola persona”.
- 21 Además, las siguientes normas han incluido algunas de las principales modificaciones o complementaciones al Código: Ley 256 de 1996, sobre competencia desleal; Decreto 2264 de 1969 y Decreto 350 de 1989, sobre concordatos; Ley 550 de 1995, sobre procesos de reestructuración empresarial, y Ley 1116 de 2006, régimen de insolvencia.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSO X El Sabio (1872). Los Códigos Españoles Anotados y Concordados.
- BONILLA Sanabria, Fabio (2008) Unipersonalidad societaria: A propósito de un debate actual en el derecho colombiano. En: E mercatoria, volumen 7, número 1.
- COLOMBIA, Congreso de Colombia Leyes.
- , (1887) Ley 57 de 15 de abril, Sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación Nacional.
- , (1968) Ley 16 de 28 de marzo, Por la cual se restablecen los Juzgados de Circuito, se dictan normas sobre competencia en materia penal, civil y laboral, se dan unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones. En: *Diario Oficial* Imprenta Nacional.
- , (1971). Decreto 410 de 27 de marzo de 1971, Por el cual se expide el Código de Comercio.
- , (1994). Ley 142 de 11 de julio de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.
- , (1995). Ley 222 de 20 de diciembre de 1995, por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. En: *Diario Oficial*. Bogotá, Imprenta Nacional.
- , (2004). Ley 905 de agosto de 2004. En: *Gaceta del Congreso*. Bogotá, Imprenta Nacional.
- , (2006a). Ley 1014 de 26 de enero de 2006. De fomento a la cultura del emprendimiento. En: *Diario Oficial*. Bogotá, Imprenta Nacional.
- , (2006b). Decretos. Decreto 4463 de 2006, 15 de diciembre, por el cual se reglamenta el artículo 22 de la Ley 1014 de 2006. En: *Diario Oficial*. Bogotá, Imprenta Nacional.
- , (2008). Ley 1258 de 2008, 5 de diciembre. Por el cual se crea la sociedad por acciones simplificada.
- COCK, Víctor, y otros (1958). *Exposición de motivos al Proyecto de Código de Comercio*. Bogotá, Imprenta Nacional.
- CONSEJO DE LA COMUNIDAD EUROPEA (1989). Duodécima directiva 89-667 de la Comunidad Europea, sobre sociedades de capital unipersonales. Bruselas, Consejo de la Comunidad Europea.
- COLOMBIA, Corte Constitucional (1998). Sentencias. Sentencia C-624 de 1998. En: *Gaceta de la Corte Constitucional*. Bogotá, Imprenta Nacional. Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.
- , (2007). Sentencias. Sentencia C-392 de 2007. En: *Gaceta de la Corte Constitucional*. Bogotá, Imprenta Nacional. Magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

- COLOMBIA, Corte Constitucional (2020). Sentencias. Sentencia C. 014 de 2010. En: Gaceta de la Corte constitucional, Bogotá, Imprenta Nacional.
- GALGANO, Francesco (1980). *Storia del diritto commerciale*. Barcelona, Laia.
- GARRIGUES, Joaquín (1966). “Prólogo”. En: Hugo Rocco. *Principios de derecho mercantil. Parte general*. México, Editora Nacional.
- , (1987). *Curso de derecho mercantil*. Bogotá, Temis. 7ª. Ed.
- GAVIRIA Gutiérrez, Enrique (1985). Introducción al derecho comercial. Bogotá. Editorial Temis 3ª. Ed.
- GAYO (1975). *Institutas*. La Plata, Jurídica. Traducción de Alfredo di Pietro.
- GIL Echeverri, Jorge Hernán (2004). *Derecho societario contemporáneo*. Bogotá, Legis.
- GUYON (1999). *Les sociétés. Aménagements statutaires et conventioms entre associés*. París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudencence.
- HINESTROSA Forero, Fernando (1998). *Función, límites y carga de la autonomía privada*. En: revista *Estudios de Derecho Privado*. Universidad de los Andes Bogotá.
- IRTI, Natalino (1992). *La edad de la descodificación*. Barcelona, José María Bosch Editor.
- Jaramillo Mejía, Sergio, Secretario General de la Cámara de Comercio de Medellín. Medellín: 2006
- LAS SIETE PARTIDAS DEL REY DON ALFONSO EL SABIO. Cotejadas con varios códices antiguos (1576). D. León de Amarita (ed.) Madrid, Editorial Ignacio Boix. 5ª. Ed.
- LEAL Pérez, Hildebrando (1996). *Derecho de sociedades comerciales*. Bogotá, Leyer
- LE PERA, Sergio (1974). *Cuestiones de derecho comercial moderno*. Buenos Aires. Editorial Astrea de Rodolfo Desalma y Hnos.
- MALAGARRIGA, Carlos (1951). *Tratado elemental de derecho comercial*. Buenos Aires, Tipografía Editora. 1ª. Ed.
- MARSILI, María Cecilia (2003). *Sociedades comerciales, el problema de la tipicidad*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores.
- MARTÍNEZ Neira, Néstor Humberto (2007). “Revive el derecho societario: la sociedad unipersonal ha dejado de existir”. En: *Ámbito Jurídico*, Bogotá, Legis, Año X, N.º 234, septiembre. p. 14.
- , (2008), “Las sociedades unipersonales no pueden revivir” En: *Ámbito Jurídico*, Bogotá, Legis, Año XI, No. 242, febrero. p. 14.
- MARTÍNEZ Santa Cruz, Darío (2007). *No es válida la constitución de sociedades unipersonales ni la constitución y reforma de sociedades por documento privado*. Medellín, Ofigraf Impresores.
- NARVÁEZ García, José Ignacio (1997). *Teoría general de las sociedades*. Bogotá, Legis. 8ª. Ed.
- OLAVARRÍA, Julio (1950). *Manual de derecho comercial*. Santiago, Editorial Jurídica.

- PETIT, Eugene (1985). *Tratado elemental de derecho romano*. Barcelona, Ediciones Nuevo Mundo.
- PINZÓN, Gabino (1985). *Introducción al derecho comercial*. Bogotá, Temis. 3ª. Ed.
- Rengifo, Ramiro (1990). *Bancos comerciales y operaciones bancarias*. Medellín, Editorial Universidad de Antioquia.

**RECOPIACIÓN DE LEYES DE LOS REINOS DE LAS INDIAS  
MANDADAS A IMPRIMIR Y PUBLICAR POR LA MAJESTAD  
CATÓLICA DEL REY DON JUAN CARLOS II NUESTRO SEÑOR (1841).  
Madrid, Editorial Ignacio Boix. 5ª. Ed.**

- REYES Villamizar, Francisco (2006a). *Derecho societario*. Bogotá, Temis. 2ª. Ed.
- , (2006b). *Derecho societario en Estados unidos. Introducción comparada*. Bogotá, Legis. 3.ª Ed.
- RIPERT, Georges (1988). *Tratado elemental de derecho comercial*. Buenos Aires, Ediciones Labor. Traducción de Felipe de Solá Cañizares.
- , (2001). *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*. Granada, Comares.
- Colombia, Ministerio de Justicia (1958). Proyecto de Código de Comercio elaborado por la Comisión Revisora del Código de Comercio. Tomos I y II. Bogotá, Ministerio de Justicia.
- URIBE, Antonio José (1907). *Derecho mercantil colombiano*. Berlín, Decker's Verlag. Ed. especial.



Autora: Adriana Botero Martínez

Título: Alter ego

Técnica: Acrílicos y crayola sobre cartón  
con intervención digital

Dimensión: 28 x 38

Año: 2010

## ***PRUEBAS PSICOSOCIALES EN DERECHO DE INFANCIA, ADOLESCENCIA Y FAMILIA\****

---

\* Informe final investigación: Pruebas Psicosociales en Derecho de Infancia, Familia y Adolescencia, Centro de Investigaciones Jurídicas y Área de Derecho de Familia de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Departamento de Trabajo Social, Universidad de Antioquia (2009-10). Proyecto de investigación sin financiación, CODI- Vicerrectoría de Investigación.

Fecha de recepción: septiembre 7 de 2010

Fecha de aprobación: octubre 21 de 2010

## PRUEBAS PSICOSOCIALES EN DERECHO DE INFANCIA, ADOLESCENCIA Y FAMILIA

*Ángela María Quintero Velásquez\*\**

### RESUMEN

La aplicación de la Ley 1098 de Infancia y Adolescencia de noviembre de 2006, modifica el panorama legislativo en dicha materia, retoma, valida y asigna nuevas funciones a los profesionales del sistema jurídico, abogados, trabajadores sociales y psicólogos. Señala dentro de las autoridades competentes para restablecer los derechos vulnerados de los niños, las niñas y los adolescentes fundamentalmente a las Comisarías y Defensorías de Familia, conformadas por equipos técnicos interdisciplinarios integrados por lo menos con Psicólogo, Trabajador Social, cuyos conceptos tendrán el carácter *de dictamen pericial*. Estos se ubican en las Pruebas Psicosociales, pero en la práctica existe ambigüedad, calco y polisemia en cuanto a concepto, peritazgo, dictamen, informe, prueba.

**Palabras clave:** pruebas psicosociales, familia, infancia, adolescencia, trabajo social, psicología, derecho, dictamen, peritazgo, informe, concepto.

### PSYCHO- SOCIAL PROOFS IN CHILDHOOD, ADOLESCENCE AND FAMILY LAW

### ABSTRACT

Application of the 1098 law about Childhood and Adolescence of November of 2006, changes the legislative view in this topic, takes up again, validates and assign new functions to the professionals of the legal system, lawyers, social workers and psychologist. It says that are competent authorities to restore violate rights of the boys, girls and adolescent principally the Family Services Agency and Family Defense Services, they are conformed by interdisciplinary technical equipment, they are made up at least by a Psychologist and a Social Worker, theirs reports will have the nature of *expert opinion*. These are in the Psycho- social Proofs, but in the practice there are ambiguity, copy and polysemy around the concept, expert opinion, report, inform, proof.

**Keywords:** psycho- social proofs, family, childhood, adolescence, social work, psychology, law, report, expert opinion, inform, concept.

---

\*\* Trabajadora Social. Magíster en Orientación y Consejería, docente e investigadora Departamento de Trabajo Social, Universidad de Antioquia. Medellín. Colombia. Teléfono: 219 57 67 Correo: [jesus@une.net.co](mailto:jesus@une.net.co). Coinvestigadores: Abogados Amparo Urrea Giraldo, Juan Carlos Lopera Espinal, Lina Marcela Estrada Jaramillo. Asesora temática: Paula Marcela Álvarez Botero, abogada. Estudiantes en formación: Nancy Rincón Cardona, Natali Zapata Villada Departamento de Trabajo Social. Auxiliar administrativa Gloria Patricia Gutiérrez Zuluaga y Asesora metodológica María Cecilia Plested, GITT, Escuela de Idiomas.

# PRUEBAS PSICOSOCIALES EN DERECHO DE INFANCIA, ADOLESCENCIA Y FAMILIA

## 1. FUNDAMENTACIÓN CONCEPTUAL

(Quintero, 2009) En el Derecho de Familia en el país, poco se ha investigado en el campo probatorio sobre la prueba pericial. Nadie duda de su importancia en procesos tan relevantes como la adopción, la filiación, los alimentos, la custodia y el cuidado personal, el restablecimiento de derechos, el sistema de responsabilidad penal y las interdicciones, entre otros. Sin embargo, los Grupos de Investigación registrados ante Colciencias<sup>1</sup> muestran como las preocupaciones de los investigadores se han centrado en conceptualizar el derecho de la niñez y la adolescencia y en realizar investigaciones socio-jurídicas sobre los impactos que tienen la legislación y las decisiones de los jueces en la sociedad.

De igual manera, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, como ente rector del Sistema Nacional de Bienestar Familiar cuenta con una colección de estudios sobre infancia y juventud<sup>2</sup>, pero tampoco allí se encuentran resultados de investigación que den cuenta de la importancia que tiene para el derecho los dictámenes rendidos por Sicólogos, Trabajadores Sociales, Nutricionistas y todos aquellos profesionales que con su experiencia y conocimiento son auxiliares de la justicia.

En países como España (pionera en el tema, desde la década del 90), no se duda sobre la importancia que tienen los “peritos sociales judiciales” para reforzar los argumentos jurídicos en un proceso litigioso<sup>3</sup>. Sucede por ejemplo con la sicología jurídica, donde se estudian procesos psicológicos de sujetos involucrados con la ley, además de actuar como una ciencia auxiliar del derecho al aportar datos y juicios de expertos respecto al comportamiento humano en el escenario legal.

---

1 De 15 grupos encontrados sobre Derecho Privado, sólo tres están clasificados en categoría A y aunque mencionan que tienen líneas de investigación en Niñez y Familia ninguno ha desarrollado este tema. Así mismo ocurre con los grupos registrados bajo el nombre “Derecho de Familia”. Consultado Abril 2009.

2 [www.icbf.gov.co](http://www.icbf.gov.co) Consultado Abril 2009

3 [www.treballsocialib.com](http://www.treballsocialib.com)

De igual manera es reconocido el valor que tienen los trabajadores sociales como los profesionales más indicados para estudiar y valorar el ambiente en que se encuentra inmerso el individuo y también sus proyecciones futuras y propuestas de mejora, lo cual puede ser utilizado en el ámbito judicial en caso necesario. Los trabajadores sociales que actúan como peritos se encargan de emitir todos los dictámenes periciales que están relacionados con la situación de las personas, su entorno próximo y sus redes sociales, con la finalidad de informar al juez y todos aquellos que requieran su intervención.

El modelo de evaluación social pericial en casos de relaciones de familias incorpora las aportaciones de profesionales: abogados, psicólogos, trabajadores sociales, siquiátras, educadores, entre otros. A través de un proceso integrado desde una perspectiva sistémica se evalúa la dinámica familiar, características de sus miembros, personas y familia en interacción con su ambiente social. Este proceso de intervención profesional puede realizarse con el propósito de presentar recomendaciones al Tribunal para determinar la custodia de menores, apoyar y fortalecer familias para enfrentar los procesos judiciales, iniciar procesos de cambio que pongan en mejor condición a familias y sus miembros para lograr el mejor interés de los menores y demás miembros. (Carrión Maldonado, 2005; medio electrónico).

El informe pericial (*Jouvencel*) se emite para constatar, a través de una valoración técnica, una realidad no perceptible. Su fin es hacer visible lo invisible, hacer tangible lo intangible. El grado de fiabilidad que puede merecer un dictamen pericial vendrá ligado a los elementos y datos que el perito hubiera seleccionado para emitir su opinión técnica, así como su especialidad y comprensión del proceso (...)

Un informe pericial se define y estructura, entre otras cosas, por el destinatario del mismo y la finalidad para la que se emite, respondiendo a unos extremos previamente solicitados. El Psicólogo forense realizará un informe de valoración psicológica, despojada de valoración jurídica, que deberá integrarse en el conjunto del asunto judicial. (Asensi; 2008:26)

Los enlaces socio-jurídicos, en contextos multidisciplinarios, recogen las prescripciones legislativas recientes, e incorporan otros discursos y gestión de los procesos, (que pese a la polisemia), involucra los dispositivos teóricos y técnico-operativos, de los profesionales que por competencia propia atienden los dilemas humanos, en su diversidad y complejidad.



## 1.2 ACERCA DE LA CONCEPTUALIZACIÓN DE LA PRUEBA<sup>4</sup>

Aunque el significado de dictamen pericial pueda ser el mismo utilizado en los procedimientos civil y penal, estos tienen reglas claramente diferenciadas en general, y en el caso particular de las pruebas periciales. Esta diferencia está de forma especial en la Ley 1098 de 2006: en el proceso administrativo adelantado ante el defensor de familia o el inspector, como titulares para seguir los procedimientos, el artículo 100 de la Ley 1098 señala expresamente que la regla de la prueba -cómo se practicará la prueba-, debe atender lo establecido en el Código de Procedimiento Civil, aunque más adelante, al referirse la Ley al Sistema de Responsabilidad Penal del Adolescente, (antes del Menor), remite al Sistema Acusatorio (Ley 906 de 1994).

Existen dos sistemas de procedimiento penal vigentes en Colombia, Ley 600 de 2000 y Ley 906 de 2004, que tienen incidencia en la práctica de la prueba pericial, ya que ambos establecen diferencias al respecto.

Cada sistema de procedimiento (Civil y Penal) tiene sus propias reglas en el método de recolección de pruebas. Este diferente procedimiento probatorio quedó, también, reflejado en la Ley 1098 de 2006, que consigna tanto el Dictamen Pericial como los Informes, los cuales en términos del Código de la Infancia y la Adolescencia, reciben el nombre de Dictamen Pericial. En consecuencia el Dictamen Pericial es entendido, desde el proceso penal y desde el procedimiento civil.

La trascendencia de la prueba pericial, dentro de los procesos jurisdiccionales, se ha logrado, por un lado debido a los ingentes desarrollos de la ciencia y la tecnología y por otro lado, el juez como órgano decisorio, que no sólo debe decidir, sino motivar la decisión, debe prepararse para poder valorar adecuadamente la prueba.

Dictamen Pericial en ninguna norma de procedimiento está definido, sin embargo su significado se ha asumido por la práctica. Una de las definiciones, de las varias referenciadas, es: “El Dictamen Pericial es un medio probatorio de carácter personal en el cual está contenida una declaración de ciencia o conocimiento; realizada por una persona con especial experticia y conocimientos en ciencia, arte o técnica y que se practica dentro del proceso para llevarle al juez el conocimiento de unos hechos.”

Estos conocimientos se vinculan a un proceso cuando no están al alcance del juez, punto que ha suscitado debates, pues existen dos corrientes opuestas al respecto: quienes están de acuerdo expresan que cuando el juez tiene esos conocimientos puede utilizarlos para valorar la prueba, sin acudir a los dictámenes de experto, es

---

4 Óscar Alberto García. *Capacitación al grupo investigador*. Acta No 5, julio 8 de 2009. Acta No 7, julio 22 de 2009. Acta No 9, agosto 19 de 2009. Medellín: Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

decir, contando con su propia enciclopedia. Otros consideran que aunque el juez tenga dichos conocimientos debe acudir al dictamen de expertos para valorar los hechos. Su propio conocimiento le dará más elementos de juicio, pero en ningún caso debe suplir al perito, así garantiza la imparcialidad.

(...) Para concluir, los temas centrales en el tema expuesto, son:

1. Aclaración de términos: Dictamen pericial y prueba de experto, son sinónimos, los términos, en general, significan lo mismo y son utilizados indistintamente, aunque el término más acogido es dictamen pericial.
2. El dictamen pericial es un medio de prueba que permite llevar la convicción al juez acerca de unos hechos específicos. Ello por cuanto al juez no se le puede exigir que posea conocimientos en todos los campos del saber.
3. Este medio de prueba se trabaja en forma distinta de acuerdo al sistema jurídico en el cual se pretenda aplicar.
4. En la actualidad existen dos grandes sistemas: Procedimiento civil y Procedimiento penal. En ellos a pesar de que el concepto es el mismo, la forma de solicitarla y practicarla es sustancialmente diferente. En tanto un sistema es eminentemente escrito, y el otro es, en su parte más fundamental, oral (también es conocido como sistema acusatorio o adversarial), es así que el testimonio del perito se va a practicar en un juicio público y oral.
5. Hoy la prueba pericial está regulada en forma más técnica en el proceso penal, lo que conduce a una mayor confiabilidad en la aplicación de ésta en dicho campo. Al perito hay que interrogarlo acerca de su experiencia en el campo, el uso de las técnicas, incluso aspectos personales; lo que no plantea el proceso civil, por su carácter especialmente jurisprudencial.
6. Desde el punto de vista probatorio cada uno de esos sistemas y sus especiales características tienen una incidencia en la valoración del dictamen pericial.
7. El juez aparece como un *peritus peritorum*: perito de peritos. Pues es él quien finalmente asigna valor probatorio al dictamen. El juez acoge o rechaza el dictamen y en cualquiera de los dos supuestos, motiva la decisión con base en argumentos sólidos. En la práctica se observa que el juez acepta el dictamen sin ningún reparo.
8. El dictamen pericial se ha convertido en la prueba por excelencia en el proceso jurisdiccional.
9. En consideración al debate sobre el grado de fiabilidad del conocimiento técnico y privado aportado en el proceso, la ley 906 de 2004. Art. 417 y 420 fijó

una serie de reglas que deben ser tenidas en cuenta para analizar el grado de seguridad que puede llegar a dar el dictamen pericial. Las cuales son:

- Los principios o teorías científicas utilizadas están sujetas a ser falseadas o controvertidas.
- Establecer la proporción de índice de error en la utilización de esos métodos científicos. Algunos agregan, la verificación de los estándares para la realización de esos procedimientos.
- Revisión por otros expertos de esos documentos.
- Consenso en la comunidad científica con respecto a los métodos o procedimientos utilizados.

En esencia, *el dictamen pericial* como tal no ata al juez en su valoración, es autónomo, él debe tener en cuenta los aspectos antes mencionados para llegar a la conclusión de qué mérito probatorio asignar, es decir, libre valoración de la prueba.

## 2. MEMORIA METODOLÓGICA.<sup>5</sup>

En correspondencia con los planteamientos de la Ficha Técnica del Proyecto (Quintero, 2009; 9-11), de la ruta operativa necesaria a seguir y considerando parámetros flexibles en el orden metodológico, pero al mismo tiempo confiables y técnicos, se exponen los preceptos de la acción investigativa. Los cuales entrelazan procedimientos cualitativos, cuantitativos y terminológicos, dadas las características inéditas y específicas del tema examinado.

Bajo los criterios de la Investigación cualitativa, el presente es un *Estudio Documental*, de tipo exploratorio, apoyado fundamentalmente en las *Fuentes secundarias* de información y en el *Análisis conceptual*.

“Etapa propia del trabajo terminológico y posterior a la investigación y compilación de términos: Al adquirir conocimientos en su campo temático, será capaz de identificar los conjuntos únicos de características que indican la presencia de un concepto. Asimismo, observará las estrechas relaciones que se establecen entre ellos y sabrá identificar los rasgos semánticos que los distinguen de los demás conceptos.

---

5 QUINTERO VELÁSQUEZ, ÁM. (2010). *Informe final*. Pruebas Psicosociales en Derecho de Infancia, Familia y Adolescencia, Centro de Investigaciones Jurídicas. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Departamento de Trabajo Social, Universidad de Antioquia. Medellín: medio magnético. Inédito

El conocimiento sobre el campo temático estudiado a menudo provendrá de material escrito, aunque los especialistas en la materia son también una excelente fuente de información.

A medida que avance en la lectura de la documentación seleccionada (etapa que coincide a menudo con la extracción de términos), identificará elementos de información que le permitirán reconocer los rasgos característicos de las distintas clases de objetos. Algunos de esos rasgos son esenciales para describir el concepto, mientras que otros pueden resultar ser interesantes, aunque sin revestir importancia para el análisis conceptual. (Capacitación Diccionario Especializado en Familia y Género, 2005)

El carácter de investigación hermenéutica-documental, está dada por el rastreo bibliográfico y terminológico, de los vocablos que aplican los especialistas en el tema de las Pruebas Psicosociales de Infancia, Adolescencia y Familia, en el marco de la Constitución Política de 1991 y en la Ley 1098 de 2006 de Colombia. Sobre esa búsqueda se estableció la diferencia conceptual y analiza la polisemia<sup>6</sup> en el uso de los términos: prueba, concepto, peritazgo, dictamen e informe.

La hermenéutica muestra la necesidad de mirar las proposiciones y los significados en el contexto vital respectivo de la época en el cual surgen y de esclarecer el conjunto de experiencias que la rodean. (Hoyos, 2000:59); de igual forma la gestión terminológica permite la determinación específica de las unidades conceptuales, cuyo fin principal es organizar el conocimiento especializado en un área dada (Budin, 1996; Plested, 2005; Plested&Casals, 2005).

Utilizando estrategias mixtas, con el criterio de *Muestra intencionada*, se realizaron Entrevistas semiestructuradas y Encuestas en el municipio de Medellín, a expertos del SNBF-Sistema Nacional de Bienestar Familiar y del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, sobre la importancia de las pruebas psicosociales en procesos de Infancia, Adolescencia y Familia, con el fin de resaltar el análisis de contenidos discursivos y sociales.

El contexto trasciende al discurso, ya que éste a su vez está inserto en unas circunstancias socio-culturales o ideológico-políticas, y en un espacio-tiempo teórico-metodológico determinado por las comunidades específicas del área de especialidad particular. El análisis [terminológico] del discurso, es también una herramienta

---

6 Pluralidad de significados de una palabra o de cualquier signo lingüístico. 2. Pluralidad de significados de un mensaje, con independencia de la naturaleza de los signos que lo constituyen. 3. Relación entre las designaciones y los conceptos en una lengua en la que una designación representa dos o más conceptos. (Quintero, 2007, p 165).

para analizar esta realidad social a partir de aspectos como los actos de habla o la interacción entre actores sociales. (Plested 2000, 2005)

Según el mandato legal, la valoración de las pruebas corresponde a los Jueces, Defensores y Comisarios de Familia, mientras que el Grupo de Seguimiento (Trabajadores Sociales, Sicólogos), están facultados por la ley para realizar el seguimiento de los casos y remitirlos al Juez como prueba. Todos ellos suministraron los datos claves en la investigación, que a través de la triangulación de la información, estableció los parámetros para Fundamentar las Pruebas.

Bajo la figura de asesores teóricos y metodológicos, el juicio de profesionales expertos en terminología, sicología, trabajo social y derecho probatorio<sup>7</sup>, facilitó las precisiones teóricas en el uso adecuado o inadecuado de los términos delimitados (prueba, concepto, peritazgo, dictamen e informe social), según criterios científicos y la normatividad vigente. Dada la importancia y trayectoria de los equipos denominados psico-sociales y la cobertura temporal, la investigación enfatizó las Pruebas que le corresponden a estos campos del saber. Restringiendo el análisis en el campo de Nutrición, (lo cual no desdice de su validez y eficacia), el cual se propone como otro objetivo de posteriores pesquisas.

El proyecto, se desarrolló en la ciudad de Medellín (Antioquia), utilizando el Sistema de Bibliotecas de las universidades de: Antioquia, Pontificia Bolivariana, EAFIT, Luis Amigó, San Buenaventura, a nivel departamental. En el orden nacional, universidades Los Andes, Externado de Colombia, El Rosario, San Buenaventura de Cali y organizaciones claves de manera parcial, como Colciencias e Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF. Además de las Redes Electrónicas, tanto privadas como públicas, a disposición del equipo investigador, para el rastreo virtual de la información especializada, en las páginas web de circulación en español, disponibles en Colombia y en algunos países significativos del hemisferio hispano parlante.

La recopilación de la información, se realizó a partir de los contextos especializados en Fichas de Resumen y de COLTERM, (Red Colombiana de Terminología), procesadas y consignadas en una base de datos, que facilitó el contraste del tema y el análisis de la información. El énfasis documental, estuvo centrado en el examen de la producción científico-técnica sobre el campo socio-judicial durante la última

---

7 Universidad de Antioquia: Óscar Alberto García, Abogado. María Cecilia Plested Álvarez, directora del GIT, y Catalina Lucía Gómez, investigadora GITT. Jaime Echeverri, Psicólogo, Md y profesor, Universidad Cooperativa de Colombia. Raquel Castaño, abogada, Asesora de Gerencia de Infancia y Adolescencia de la Gobernación de Antioquia

década, de las disciplinas delimitadas. Los expertos ya mencionados, apoyaron al equipo investigador, en el proceso.

Se propone el análisis de las Pruebas Psicosociales desde su principal función que es servir de herramientas, gracias a las cuales el Juez se pone en contacto con hechos desconocidos para comprobarlos en base a razones o motivos que los mismos implicados proporcionan y que llevan al Juez y a los operadores a la certeza de tales hechos. Esto permite conjugar el examen desde la visión socio-jurídica y desde la teoría de la prueba.

La investigación es de carácter multidisciplinario, con la Convergencia de las Ciencias Jurídicas (Derecho), Sociales (Trabajo Social y Psicología) y de la Información (Terminología y Traducción), para garantizar una comprensión y estudio integral del tema, y así sea viable proponer al Sistema Judicial y a la comunidad científica, nuevas acciones y un lenguaje especializado, que neutralice la ambigüedad y la polisemia.

El período de realización del proyecto fue de diez meses [Septiembre 2009-Junio 2010], bajo la jurisdicción de Vicerrectoría de Investigación y del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Antioquia.

### 3.1 RUTA OPERATIVA.

(...) El rastreo y la revisión bibliográfica de los vocablos, está sustentado en la Terminología.<sup>8</sup> Función realizada por todos los integrantes del equipo, atendiendo la delimitación temporal y espacial, 2002-2010, lo que no excluye los textos clásicos sobre el tema, *vr gr*: diccionarios de pruebas, con fechas anteriores. La bibliografía fue auscultada con criterios de uso en la comunidad científica, disponible en las bibliotecas públicas, universitarias y privadas de los investigadores y expertos.

El corpus de la investigación se construye con la búsqueda documental ya registrada. El rastreo lexicográfico y terminológico de la Ley 1098 de 2006, es el eje central de la investigación. Pesquisa bibliográfica consignada en las fichas de

---

8 Sistema epistémico, informacional, comunicativo de una disciplina específica que refrenda los principios de organización determinados a partir de criterios pragmáticos (funciones, metas y propósitos) y en el cual, la unidad terminológica como relación de correspondencia entre concepto y representación, es la unidad primaria de referencia. Se presenta la terminología como macroestructura cognitiva y generatriz cohesionadora de los conceptos en un campo específico. La lengua materna adquiere su valor como fuente de adquisición de conocimiento de un concepto específico a desarrollar en lengua extranjera. La claridad conceptual en lengua materna facilita la comprensión en lengua extranjera. (Quintero, 2007, pp 166-67).

resumen y parcialmente en COLTERM – que incluye los campos de: explicación, definición y contexto-, para homologar el modelo de búsqueda, por todos los integrantes del equipo investigador. La selección de las páginas web, está respaldado por las normas técnicas al respecto, que garanticen la confiabilidad de las páginas y el material consultado.

El énfasis de la investigación está en el área jurídica, sin embargo hay que establecer, simultáneamente cuál es el uso que, de los términos objeto de la investigación, hace el área psicosocial. Procedimiento paralelo con la depuración terminológica realizada a través de Cratilo<sup>9</sup>, que comprende escaneo, exportación a archivo excell y posterior remisión al análisis temático de la investigadora principal y los coinvestigadores. Cratilo es una herramienta lexicológica, que permite la búsqueda de la información requerida de manera más ágil. A través de él se pueden procesar textos, que deben tener el formato RTF (Rich Text Format). Cada texto procesado, lo toma la base de datos como “proyecto”. Éste aparece en forma de una hoja de cálculo, cuyas columnas contienen toda la información del documento procesado (texto). Todas las palabras del texto están separadas, el procesador las denomina formas gráficas, porque incluyen los números que tenga ese texto, y las organiza en cada línea, que dependen del número de palabras (y de los números) diferentes que halle. Las columnas, además, muestran la frecuencia de aparición de las palabras (y de los números), su longitud, orden de aparición y el contexto en el que se encuentra.

La base de datos que arroja Cratilo es la materia prima, para que los expertos del grupo (abogados y trabajadoras sociales), analicen la pertinencia, significado de cada hallazgo. Permite crear, en la hoja de datos, una identificación para cada texto que se analiza (nombre del texto, autor, nombre de quien analiza, etc.), de manera que coincida con la ficha bibliográfica y la ficha resumen.

La recolección de información, se aplico bajo el formato de encuesta o entrevista semi-estructurada, a profesionales del SNBF-Sistema Nacional de Bienestar Familiar y del Sistema de Responsabilidad Penal para adolescentes, (psicólogos, trabajadores sociales, jueces, comisarios, defensores y procuradores de familia), para precisar el uso de los términos delimitados y contextualizar teórica y metodológicamente, como manejan esos conceptos los distintos operadores de la ley y los grupos interdisciplinarios. Con preguntas claves en torno a ¿Cuál utiliza más? ¿Cómo lo interpreta? ¿Está de acuerdo con la ley? Qué piensa de los términos objeto de la investigación, según la especialidad que cada uno maneja?.

---

9 Analizador de textos, creado y convalidado por el profesor Jorge Antonio Mejía, Instituto de Filosofía, Universidad de Antioquia. Operado por la auxiliar administrativa en el GITT, Escuela de Idiomas.

Diferenciando entre el conocimiento de la prueba, conocimiento en términos de ley, y el conocimiento práctico de ella, que sería como se practica la misma. Procedimiento realizado con los dos equipos, jurídico y psicosocial. Con el fin de validar la importancia de la multidisciplinariedad, es decir, si la prueba como tal facilita el trabajo colaborativo.

Las entrevistas semiestructuradas y las encuestas se planean con una *muestra intencionada*,<sup>10</sup> pero siempre considerando la información estadística sobre el número total de operadores jurídicos y psicosociales, para garantizar una representación de los cargos y las instituciones.

Procedimiento que incluyó: revisión de la página del ICBF Antioquia, elaboración de un listado de los equipos interdisciplinarios existentes en el área metropolitana. Verificación del número de Comisarías de Familia del Municipio de Medellín, (20), de los Juzgados de Familia (13) y los Procuradores Judiciales de Familia, (4, con sede en el barrio el Poblado).

En consecuencia, los Criterios de selección de las personas de interés son:

- \* Contactos de cada miembro del equipo, para conformar la lista de expertos elegibles.
- \* Experiencia en el trabajo con Derecho de Infancia, Adolescencia y Familia.
- \* Cercanía geográfica para la movilización, en el proceso de acopio de la información.
- \* Estricta confidencialidad en el manejo de la información y los procesos inherentes a la investigación, que debe tener el equipo. Garantizado por el *Consentimiento informado*, diseñado para el conocimiento y firma de los funcionarios.
- \* La realización de la prueba piloto, entrevistas o encuestas previas con dos o tres personas de ambos equipos, para observar la efectividad del instrumento, permitió detectar las condiciones de acceso a las personas de interés, y determinar la pertinencia de la implementación del formato como dispositivo metodológico.
- \* Las encuestas jurídicas, las hacen los cuatros abogados vinculados a la investigación, para garantizar la confidencialidad y fiabilidad del procedimiento y

---

10 Si bien en general los autores de estas materias no están de acuerdo, se sugiere no emplear los conceptos población, universo y muestra intencionada, que devienen más bien desde el paradigma analítico, conceptos más cuantitativos. Utilizar más bien **los sujetos, las personas de interés**. [Nota de la Revista]. En: Revista de Trabajo Social No 9, 2009. Departamento de Trabajo Social, Universidad de Antioquia. Medellín: Vieco Ltda, pag: 185.



por el conocimiento que tienen del tema, por su formación académica, por los contactos con los funcionarios.

El resultado final de la recolección de información, arroja: 26 encuestas aplicadas en *el equipo jurídico*, que incluye comisarios, jueces, procuradores y defensores de Familia del área metropolitana de Medellín, y algunos municipios del departamento. Metodológicamente el diseño de la investigación se flexibiliza, dada la resistencia implícita o explícita de un número significativo de funcionarios del área, frente al tema y se facilita el uso de *encuesta* diligenciada por cada operador jurídico. Resaltan asuntos como: formatos con letra ilegible, incompletos, o sin respuestas en los puntos indagados, no firma del consentimiento informado o negación a suministrar el nombre. En estos casos, dichas fuentes consultadas se omitieron en el análisis y no están incluidas en las 26.

El *equipo psicosocial*, estuvo representado por 13 psicólogos y trabajadores sociales, que respondieron bajo entrevista semi-estructurada. Lo que explica en gran medida la diferencia cuantitativa. Se estima que igual número de profesionales incumplieron, evadieron, invalidaron o desatendieron la entrevista, al conocer el motivo de ella.

La observación del equipo investigador detecta en este comportamiento de los sujetos de interés, asuntos propios del estado actual del sistema jurídico y de los operadores, donde emergen temores a los mecanismos de control y vigilancia sobre los procesos de Infancia, Adolescencia y Familia, contratos laborales a corto plazo y ocasionales, desconocimiento e inexperiencia en el tema, exceso de carga laboral, entre otros.

Lo que corrobora uno de los planteamientos centrales de la investigación, que la origina: “Es también como no se tiene claro entre los operadores jurídicos y los equipos interdisciplinarios que trabajan en la elaboración de estos conceptos, si debe hablarse de dictamen, concepto o peritaje, lo cual, ha dificultado que en ocasiones estos sean asumidos como medios para que el juez, el defensor o el comisario de familia forme su convencimiento y tome la decisión que favorezca la no vulneración y el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas o adolescentes.

En el transcurso de los dos años y medio de la promulgación y puesta en vigencia de la nueva normatividad, existe confusión y temor sobre la aplicación de las pruebas en el campo de la infancia y adolescencia, quizás por la falta de claridad en su aspecto teórico y práctico o la renuencia de los implicados en el tema a llevar a cabo un proceso con toda la rigurosidad y la responsabilidad social que esta labor exige.” (Ficha Técnica, 2009, p 5).

En el análisis de la información el instrumento empleado, es una *matriz*, diseñada, diligenciada, revisada y actualizada por el equipo de Trabajo Social – estudiantes,

asesoras académicas e investigadora principal-. Incluye la identificación de la persona encuestada o entrevistada (por código), la categorización de la respuesta y el memo analítico o el análisis a los hallazgos. La aplicación de la matriz, con los datos de los operadores jurídicos y psicosociales, da paso al establecimiento de categorías de análisis y facilita la elaboración de los cuadros y las gráficas, que sustentan el análisis cuanti-cualitativo propiamente dicho, que en esencia relaciona el registro documental y el conocimiento experto del equipo investigador.

El modelo metodológico de la investigación incluye *análisis cuantitativo*, que es resultado de las encuestas y entrevistas semi-estructuradas. *Análisis cualitativo* que surge de los datos aportados por las observaciones y el conocimiento, y los contrasta y complementa. *Análisis documental* que parte del rastreo de los documentos estudiados en la investigación. Inicialmente estaba diseñado analizar también los informes de las comisarías y juzgados, pero en razón de las reservas en todas las instancias y profesionales que se consultaron al respecto, son omitidos. Sólo se considero como referencia, un informe psicosocial de una Comisaría de Familia, manejado en estricta cautela y ética, y mas como ejercicio analítico.

El precepto ético de la investigación, garantiza el uso confidencial y reservado de la información y de los operadores jurídicos y psicosociales, y reitera que el objetivo investigativo, no tiene fines distintos a los establecidos de orden académico y científico: no es evaluativo, ni conducente a procesos de veeduría y control.

### 3. DE LOS HALLAZGOS Y CONCLUSIONES

Identificar, determinar y validar conceptualmente las Pruebas Psicosociales en el Derecho de Infancia, Adolescencia y Familia, en Colombia, a partir de la Ley 1098 de 2006, fue el objetivo general del presente estudio y en su cumplimiento se analizaron contextos escritos, entrevistas y encuestas a expertos, rastreo terminológico y bibliográfico, relación de las fuentes secundarias y las primarias y capacitación a profesionales y estudiantes de derecho, trabajo social y terminología, lo que coadyuvó en alcanzar el fin de:

Fundamentar la importancia de las Pruebas Psicosociales en Derecho de Infancia, Adolescencia y Familia, por medio de y la validación del uso de los términos: prueba, concepto, peritazgo, dictamen e informe, entre otros.

Validando una de las premisas que origina la investigación: “Es también como no se tiene claro entre los operadores jurídicos y los equipos interdisciplinarios que trabajan en la elaboración de estos conceptos, si debe hablarse de dictamen, concepto

o peritaje, lo cual, ha dificultado que en ocasiones estos sean asumidos como medios para que el juez, el defensor o el comisario de familia forme su convencimiento y tome la decisión que favorezca la no vulneración y el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas o adolescentes.

En el transcurso de los dos años y medio de la promulgación y puesta en vigencia de la nueva normatividad, existe confusión y temor sobre la aplicación de las pruebas en el campo de la infancia y adolescencia, quizás por la falta de claridad en su aspecto teórico y práctico o la renuencia de los implicados en el tema a llevar a cabo un proceso con toda la rigurosidad y la responsabilidad social que esta labor exige.” (Ficha Técnica, 2009, p 5).

En consecuencia, las conclusiones más significativas son:

- <sup>11</sup>De la investigación realizada se concluye que existe disparidad de criterios en los equipos de las Defensorías y Comisarías de Familia, respecto al manejo de la ley 1098 de 2006.
- Se evidencia capacitación frente a la ley 1098, en temas generales más no frente a aspectos controversiales que merecen una unificación de criterios para evitar la violación de derechos fundamentales y nulidades procesales.
- Hay una aproximación al manejo del aspecto sustantivo de la ley mas no la articulación con el aspecto procedimental, lo que puede conllevar a la inoperancia, ineficacia y futuro colapso en la aplicación de la Ley de Infancia y Adolescencia, tan esperada y ambicionada por el país.
- La ley 1098 de 2006 ubicó los conceptos de los equipos técnicos de las Defensorías y Comisarías de Familia como dictámenes periciales, sin embargo tanto en el decreto 2737 de 1989 como en normas anteriores, se utilizó el trabajo de estos equipos interdisciplinarios, fue el Código de Infancia y Adolescencia el que dio a sus conceptos el carácter de dictamen pericial.
- El compromiso y responsabilidad por parte de los equipos interdisciplinarios de las Defensorías y Comisarías de Familia frente al qué hacer en un proceso administrativo de restablecimiento de derechos, en el sistema de responsabilidad penal para adolescente y en la jurisdicción de familia, debe ser serio, oportuno y total, toda vez que su labor está regulada por el derecho.

---

11 QUINTERO VELÁSQUEZ, ÁM. (2010). *Informe final*. Pruebas Psicosociales en Derecho de Infancia, Familia y Adolescencia, Centro de Investigaciones Jurídicas. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Departamento de Trabajo Social, Universidad de Antioquia. Medellín: medio magnético. Inédito

- Las pruebas psicosociales son un gran avance en el campo probatorio, ya que proporciona al operador jurídico un conocimiento indirecto sobre el hecho de estudio, en aras de una mejor comprensión.
- La prueba psicosocial es una herramienta que facilita al perito realizar un dictamen pericial, y posteriormente influye en las decisiones que toma el juez, facilitan que éstas sean en relación con el cumplimiento, garantía y restablecimiento de los derechos de niños, niñas, y adolescentes y redunden en su beneficio y protección; obedeciendo al principio de superioridad de sus derechos.
- Los profesionales que integran los equipos psicosociales en su mayoría, no tienen claridad para definir las pruebas psicosociales y las funciones que les competen desde su especificidad profesional, pues confunden las pruebas psicosociales con los procedimientos que llevan a cabo en su quehacer profesional. En el caso de la visita domiciliaria, la entrevista y el informe social.
- En el campo jurídico persisten cuestionamientos a la fiabilidad de los conocimientos aportados por el equipo psicosocial, en la aplicación de las pruebas, pues gran parte de los profesionales tienen vacíos teóricos, instrumentales y metodológicos al desempeñarse como peritos sociales.
- A pesar de la importancia de contar con un equipo interdisciplinario, según la normatividad de la ley 1098 de 2006, que establece su conformación -Comisario familia, Abogado, Psicólogo, Nutricionista y Trabajador Social-, para seguir un proceso de peritaje social, esto no se cumple a cabalidad, situación que actualmente es notoria en las Comisarías de Familia.
- Dicha Ley explicita que los profesionales que se desempeñan como peritos no deben ni pueden emitir recomendaciones dentro de su dictamen pericial, no obstante, persiste la confusión con relación a los deberes del perito, ya que en la práctica es perceptible que recomiendan acciones.
- El equipo psicosocial asume sus funciones de colaboración y apoyo a los jueces y abogados, en procura de fortalecer los derechos sociales y humanos de los actores sociales junto a quienes interviene.
- El deber del perito requiere no solo de dominios instrumentales, sino también de una fundamentación teórica, metodológica y ética del profesional que interviene en el proceso; pues dichos elementos se presentan como ejes transversales para la emisión de un concepto pertinente y claro, donde se responda a las verdaderas condiciones y realidades en las que están inmersos los niños, las niñas y los adolescentes.

- La Ley 1098 es clara en el entendido de que los informes presentados por los equipos interdisciplinarios son peritaje, pero no lo es en la ruta procesal para introducir estos dictámenes a los procesos.
- Resalta el desconocimiento hacia los otros saberes, en ambas vías, pues se exige no solamente conocimientos específicos y especializados, sino una visión holística que permita cumplir realmente el precepto de *atención integral* y de protección o restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes colombianos.
- La falta de claridad en el rastreo bibliográfico acerca de los términos y la evidencia empírica del desconocimiento de los operadores jurídicos de estos conceptos, justificó aún más, la realización de esta la investigación.

## RECOMENDACIONES

Las universidades y los centros de estudios superiores, deben establecer en su formación de pregrado, cursos básicos sobre las Pruebas Psicosociales, de carácter obligatorio y consolidar la formación posgraduada en diferentes niveles, para cumplir su misión social y el compromiso legislativo.

Las máximas coincidencias en los operadores jurídicos y psicosociales, están en la ausencia de *capacitación*: donde radica una de las falencias del sistema, pues prima la educación informal en el la Ley 1098, mas no en el instrumento de la Prueba Pericial. Lo que amerita la recomendación mas significativa de esta investigación:

- Capacitar a todos los profesionales, vinculados al sistema y a la aplicación de la Ley 1098 tanto nombrados de planta como ocasionales o a término fijo, de manera continua y permanente, en la vía de construir procesos de trabajo colaborativo, que realmente conduzcan a la multidisciplinariedad.
- Capacitar a los equipos interdisciplinarios de las Defensorías, Comisarías y Juzgados de Familia en la responsabilidad legal que tienen al emitir conceptos, informes y dictámenes periciales, con énfasis en su diferencia y aplicación. La Teoría General de las Pruebas, permite entender de forma integral el manejo de las mismas dentro de los procesos de familia, y asegurar el principio fundamental del debido proceso y la contradicción de las mismas.
- Capacitación de manera permanente y actualizada, frente al qué hacer con la ley de Infancia y Adolescencia, que conjuga acciones, competencias, instituciones y procedimientos propios de ella. Máxime cuando el derecho de infancia y adolescencia se ha constitucionalizado e internacionalizado, asumiendo un compromiso global con los niños, las niñas y los adolescentes:

- Educación continua, por ser el derecho de infancia y adolescencia un derecho viviente, en aspectos sustantivos, procedimentales y probatorios
- Unificar criterios por parte de los operadores jurídicos y de los equipos técnicos interdisciplinarios, tanto en la ruta de atención del servicio como en la ruta jurídica. La Ley 1098 es clara en el entendido de que los informes presentados por los equipos interdisciplinarios son peritaje, pero no es clara la ruta procesal para introducir estos dictámenes a los procesos.
- Garantizar el cumplimiento legal del trabajo en equipo de los grupos interdisciplinarios de las Comisarías y Defensorías de Familia. Por la ausencia de los equipos psicosociales, el Juez, Comisario o Defensor falla desconociendo el análisis de estas disciplinas lo cual puede generar consecuencias negativas en la dinámica familiar y en sus miembros y, por lo general, no da solución efectiva a las dificultades y conflictos generados.
- Es menester que todos los profesionales que aplican pruebas psicosociales tengan claro que los dictámenes periciales no son vinculantes, su función es aportar diferentes conocimientos desde su especificidad profesional. Se requiere claridad de los deberes de los peritos en el proceso de peritaje, y así se determinaría asertivamente las funciones que le competen.
- Para los profesionales del área social que trabajan en procesos de Infancia, Adolescencia y Familia, es fundamental diferenciar cuando son llamados como peritos dentro de un proceso y cuando entran a intervenir en un proceso como psicólogos, trabajadores sociales, etc.
- Esto con el fin de tecnificar más los informes periciales presentados ante el operador jurídico y cualificar las técnicas utilizados para el desarrollo y posterior presentación de los mismos. Desarrollando destrezas en la lectura del entorno social tanto a nivel micro como macro, propio de la situación objeto de debate, para contextualizar culturalmente las demandas jurídicas.
- Es indispensable en los procesos jurídicos el trabajo inter y multidisciplinario para generar valoraciones e intervenciones más integrales y humanas; por lo que se requiere una perspectiva holística, que visualice al ser humano como bio-psico-social, esto amerita una comprensión desde sus diferentes dimensiones, al tener en cuenta los componentes sociales y psicológicos que rodean al sujeto y su contexto.
- Unificar criterios por parte de los operadores jurídicos y de los equipos técnicos interdisciplinarios, tanto en la ruta de atención del servicio como jurídica. Es necesario darle rigurosidad a las técnicas empleadas en el estudio de familia, para no caer en subjetividades que perjudiquen el correcto análisis del dictamen.

- La calidad académica de los operadores psicosociales y jurídicos debe dar respuesta a las nuevas realidades y retos que implica el trabajo con familia, infancia y adolescencia en el campo judicial.
- Los profesionales que se desempeñen en el área de familia, infancia y adolescencia deben estar preparados para discurrir sobre el tema, de acuerdo a criterios técnicos, científicos y humanos. Procurando contribuir con sus dictámenes, en la producción del conocimiento para profesionales e entidades afines.
- Diseñar, ejecutar y evaluar, investigaciones derivadas de la presente, a mediano o largo plazo, que incluya necesariamente, a los profesionales de Nutrición.

La universidad cumple su misión social, en tanto analiza e interpreta con dispositivos investigativos rigurosos, fenómenos legales que impactan a la sociedad, facilita la producción y transferencia del conocimiento y ofrece mecanismos de formación de estudiantes e investigadores jóvenes, en el arduo papel de conocer, interpretar y transformar la realidad y ajustarla al Cambio de Época. En correspondencia, los

Productos adicionales de la investigación son:

- Conceptualización de la Prueba: resultado de la capacitación recibida por el grupo, y las reflexiones internas sobre el tema, se elabora como material didáctico y parte del Marco Conceptual de la investigación, las ideas fundamentales acerca de las Pruebas en los sistemas penal y civil.
- Matriz de las pruebas que no son psicosociales: recoge las pruebas utilizadas en otras áreas del conocimiento o que no son contempladas como tales. Consigna la información encontrada de las pruebas fuera del objeto de estudio, forense, psiquiatría, nutricionales, pedagógicas. Datos válidos en un análisis posterior y sirven, para establecer que además del campo delimitado -sicológico y social-, existen pruebas médicas, nutricionales, forenses, que tienen relación con el aérea psicosocial de niños, niñas y adolescente. La matriz incluye referencias bibliográficas y contexto de análisis.
- Elaboración de Actas de reuniones del equipo: treinta en total, su relevancia radica en contribuir a la memoria metodológica de la investigación y garantizar la actualización y reflexiones del equipo y documentar cómo se llevan a cabo todos los aspectos teóricos y metodológicos del proceso. Es un mecanismo administrativo de control, verificación de acuerdos, información y reseña. Hermenéutica de las Sentencias de la Corte: Rastreo de Jurisprudencia: Sentencias de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. En el portal de la CC se registran y extractan las sentencias que a la fecha se han emitido con respecto

a la Ley de Infancia y Adolescencia, encontrando sólo una que específicamente referida al objeto estudiado: Sentencia C 804 de 2009.

De igual manera el proceso, las reflexiones investigativas y las propuestas derivadas, son socializadas y compartidas en diferentes auditorios nacionales e internacionales, con el fin de construir comunidad académica y contribuir desde el Alma Mater al debate contemporáneo en el tema de Infancia, Adolescencia y Familia, a través de fomentar el trabajo interdisciplinario, intersectorial e interinstitucional y las redes universitarias.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA TOBÓN, Sergio Andrés. La psicología del testimonio en el ámbito Psicosocial. La veracidad o la mentira, aspectos con los que se enfrenta el Psicólogo Jurídico. En: Revista Electrónica de Psicología Social Fundación Universitaria Luis Amigo. No 17 (Junio de 2009). Medellín - Colombia. 10 p.
- BOLÍVAR ROA, Sergio Andrés, URREA GIRALDO, Amparo. Análisis teórico jurídico de la prueba pericial psicológica en dos procesos de familia del Juzgado Cuarto de Familia de la Ciudad de Medellín [archivo de computador]. Medellín - Colombia, 2008, 345 p. Tesis de grado. Universidad de Antioquia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario jurídico elemental. Buenos Aires: Ediciones Heliastra S.R.L., [sin año]. 161 p.
- DELL'AGILO, Marta. La práctica del perito Trabajador Social: Una propuesta metodológica de intervención social. Buenos Aires: Espacio, 2004. 136 p.
- GARZÓN MUÑOZ, Rubén Darío. Trabajo Social Forense y Maltrato Infantil. Cali: Ediciones Anzuelo Ético, 2009. 186 p.
- MEMORIAS PRIMER CONGRESO INTERNACIONAL DERECHO DE FAMILIA. Medellín - Colombia: Universidad de Antioquia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. 2002. CD
- MEMORIAS SEGUNDO CONGRESO INTERNACIONAL DERECHO DE FAMILIA. Medellín - Colombia: Universidad de Antioquia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. 2004. CD
- MEMORIAS TERCER CONGRESO INTERNACIONAL DERECHO DE FAMILIA. Medellín - Colombia: Universidad de Antioquia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. 2006. CD
- MEMORIAS CUARTO CONGRESO INTERNACIONAL DERECHO DE FAMILIA. Medellín - Colombia: Universidad de Antioquia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. 2008. CD



- MONTOYA CUERVO, Gloria et al. Diccionario Especializado de Trabajo Social. Medellín: Universidad de Antioquia. Centro de Investigaciones Sociales y Humanas- CISH. 2000. 159 p.
- PARRA QUIJANO, Jorge. Manual de Derecho Probatorio. Bogotá D.C: Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2007.
- QUINTERO VELÁSQUEZ, Diccionario Especializado en Familia y Género. Buenos Aires: Lumen/Hvmanitas, 2007. 174 p.
- REYES VILLAMIZAR, Francisco (2006a). *Derecho societario*. Bogotá, Temis. 2ª. Ed.
- , Ficha técnica proyecto de investigación: Pruebas Psicosociales en Derecho de Infancia, Adolescencia y Familia. Medellín: Universidad de Antioquia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Área de Derecho de Familia -Centro de Investigaciones Jurídicas, 2009. 14 p.
- REYES VILLAMIZAR, Francisco (2006a). *Derecho societario*. Bogotá, Temis. 2ª. Ed.
- , Trabajo Social en los nuevos escenarios de Infancia, Adolescencia y Familia. En: XIX Seminario Latinoamericano de Escuelas de Trabajo Social. ALEITS. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil - Ecuador. 2009. CD
- REYES VILLAMIZAR, Francisco (2006a). *Derecho societario*. Bogotá, Temis. 2ª. Ed.
- REYES VILLAMIZAR, Francisco (2006a). *Derecho societario*. Bogotá, Temis. 2ª. Ed.
- , Esencia Multidisciplinaria De Las Pruebas Psicosociales, En Derecho De Infancia, Adolescencia y Familia. En: Tendencias & Retos, No 15. Revista de la Facultad de Trabajo Social. Bogotá: Universidad de la Salle. Ediciones UniSalle. (en prensa).
- QUINTERO VELÁSQUEZ, ÁM. (2010). *Informe final*. Pruebas Psicosociales en Derecho de Infancia, Familia y Adolescencia, Centro de Investigaciones Jurídicas. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Departamento de Trabajo Social, Universidad de Antioquia. Medellín: medio magnético. Inédito
- ROBLES, Claudio. La intervención pericial en Trabajo Social: Orientaciones teórico – prácticas para la tarea forense. Buenos Aires: Espacio, 2004. 240 p.
- SIERRA ÁNGEL, Isabel Cristina. Valoración del Testimonio del menor entre los 6 y 10 años de Edad en los Procesos de Abuso Sexual. Tesis de grado, EAFIT. 2006. [Sin página].
- VEJARANO, Mónica. Entrevista Forense: Manejo de la resistencia Bogotá - Colombia: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. 2008. [Sin página].

## LEGISLACIÓN

Congreso de Colombia, Ley 1098 del 8 de noviembre de 2006 por la cual expide el Código de Infancia y de Adolescencia.

Congreso de la República, Ley 906 de 2004 por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal

Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia de 1991.

Presidencia de la República, Decretos 1400 y 2019 de 1970 por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil.

## **SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL. JURISPRUDENCIA**

Sentencia Corte Constitucional C-802 de 2009, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Sentencia Corte Constitucional T-1295 de 2005, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

Sentencia Corte Constitucional C-961 de 2007, Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla.

Sentencia, Corte Suprema de Justicia, 3 de Febrero de 2010 Expediente 30612, Magistrado Ponente Jorge Luis Quintero Milanés.

Sentencia, Juzgado Primero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Rionegro (Antioquia), 4 de Noviembre de 2009.

Corte Constitucional. Sentencia C 951 de 2007.

Corte Constitucional. Sentencia C 961 de 2007.

## **CIBERGRAFÍA**

ASENSI PÉREZ, Laura Fátima, La prueba pericial psicológica en asuntos de violencia de género. En: Revista Internauta de Práctica Jurídica. No 21 (Enero – Junio. 2008). España. P 15 – 29. Disponible en: [http://www.ripj.com/art\\_jcos/art\\_jcos/num21/21proper.pdf](http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num21/21proper.pdf) Fecha consulta: Agosto 2009

BRONCHAL CAMBRA, Julio. Informes periciales en procedimientos de familia: revisión crítica y propuesta para su mejora. [Sin ciudad]. [Sin año]

Disponible en: <http://amnistia-infantil.org/Informebronchal.pdf> Fecha consulta: Junio de 2009

[Sin autor] Col•legi Oficial de Diplomats i Diplomades en Treball Socials i d'Assistents Socials de les Illes Balears. [Sin ciudad]. [Sin año]

Disponible en: <http://www.treballsocialib.com> Fecha de consulta: Septiembre de 2009

HERNÁNDEZ ESCOBAR, Ana. El dictamen pericial de los Trabajadores Sociales. Artículo para Revista La Toga. Sevilla. [Sin año] Disponible en: <http://www.foroempresarial>

com/anuncios/Listado/..%5CClientes%5Cfirma%5CDocumentos%5Carticulos%5Cdictamenpericial.pdf Fecha de consulta: Agosto de 2009

MARTIN MUÑOZ, Ana. El dictamen pericial social. [Sin ciudad]. [Sin año] Disponible en: <http://www.icamalaga.es/portalMalaga/archivos/ficheros/1239091932046.pdf> Fecha de consulta: Agosto de 2009

[Sin autor] Red Asistentes Sociales Jurídicos de Colombia. Colombia. [Sin año] disponible en: <http://asistentessocialesjudicialescolombia@yahoo.com> Fecha de consulta: Julio de 2009





Autora: Adriana Botero Martínez

Título: As de copas

Técnica: Acrílicos y sepia sobre cartón

Dimensión: 16 x 34

Año: 2007

## ***LA PENA EN KANT: ¿RETRIBUCIONISTA EN LO MORAL, PERO NO EN LO LEGAL? \****

---

\* Este artículo es la tesis de grado que presentó el autor al departamento de Filosofía de la Universidad de los Andes. El trabajo fue dirigido por el profesor Rodolfo Arango.

Fecha de recepción: agosto 17 de 2010

Fecha de aprobación: octubre 12 de 2010

## LA PENA EN KANT: ¿RETRIBUCIONISTA EN LO MORAL, PERO NO EN LO LEGAL?

*Jorge Tirado Navarro*\*\*

### RESUMEN

En este artículo, el autor sostiene que los planteamientos de Kant en relación con la pena pueden encuadrarse en una teoría retributiva “débil” del castigo legal. En esta versión del retributivismo, la pena se justifica en la necesidad de prevenir y disuadir a la ciudadanía de cometer actos criminales, pero en el momento de imponer el castigo, el Estado sólo puede tener en cuenta para su individualización el que se haya (i) cometido un delito, y el (ii) grado de afectación de la libertad exterior que con él se genere. Para argumentar esta posición, se exponen los conceptos de libertad, Estado y derecho en Kant, mostrando cómo leídos en su integridad hacen poco plausible atribuirle a Kant un retributivismo “fuerte”, y las razones por las cuales dichos conceptos permitirían atribuirle una teoría retributiva en su versión débil. De igual forma se presentan las diferencias entre el ámbito de la moral y el derecho en Kant, para señalar las implicaciones que éstas tienen para su concepción de la pena, y se explica porqué un retributivismo “débil” no afecta la autonomía y la dignidad del individuo.

**Palabras clave:** Kant, pena, castigo, teoría retributiva, moral, derecho, Estado, libertad.

### PUNISHMENT FOR KANT: IS RETRIBUTIONIST MORALLY, BUT IT IS NOT LEGALLY?

In this article, the author holds that the Kant's ideas en relation with the punishment can be classified in a “weak” retributive theory about legal punish. In this views about retributivism, punishment is justified in the necessity to prevents and dissuades to the citizenship to commit criminal acts, but in the moment to imposes the punish, only the State can bear in mind for man individualization that this has (i) committed a crime, and (ii) the grade of affectation to the exterior freedom that the crime has generated. This position is argued by means of, expositions of freedom's concepts, State and law for Kant, showing that when the Kant's ideas are read in their integrity, it isn't plausible to attribute to Kant a “strong” retributivism, and as well they permit to see the reasons so that those concepts can attribute a retributive theory in its weak view. In the same form is showed the differences between moral sphere and law for Kant, to show the implications that these have for his conception of the punishment, and is explicated because a “weak” retributivism doesn't affects the autonomy and dignity of the man.

**Keywords:** Kant, punishment, punish, retributive theory, moral, law, State, freedom.

---

\*\* Abogado y Filósofo de la Universidad de los Andes. Especialista en Gestión Pública e instituciones administrativas de esa misma Universidad.

## LA PENA EN KANT: ¿RETRIBUCIONISTA EN LO MORAL, PERO NO EN LO LEGAL?

Históricamente, los planteamientos hechos por Immanuel Kant en relación con la pena y el castigo se han entendido como el fiel reflejo de una teoría retributiva “fuerte”. Esto es, una teoría del castigo que no acude a argumentos de control y reducción del crimen para justificar la imposición de la pena (Scheid: 262). Una teoría retributiva “fuerte” no castiga a quien delinque para evitar que otros imiten su conducta (prevención general), ni tampoco para impedir que quien es castigado reincida en su comportamiento (prevención especial). Lo hace porque quien delinque merece ser castigado y la sociedad debe condenar las acciones de los criminales (Tunick: 60).

No obstante que la mayoría de la literatura especializada ha considerado las tesis kantianas relacionadas con el castigo como constitutivas de una teoría retributiva “fuerte”, este trabajo quiere mostrar que contrario a lo que usualmente se ha creído, Kant observa en la pena un mecanismo eficaz para disuadir a los ciudadanos de la comisión de ciertas conductas objetivas, preservando así el orden en la sociedad y garantizando los derechos individuales de los asociados (Tunick: 72). Mientras que la teoría retributiva “fuerte” tiene como único objetivo castigar a quienes transgreden las leyes penales, porque una sociedad para ser justa debe condenar las acciones de los delincuentes, un retributivismo “débil”, además de perseguir la justicia, quiere desincentivar a la ciudadanía de cometer actos delictivos para controlar el crimen y reducir al máximo la afectación de los derechos de los individuos.

Dicho de otra forma, a Kant podría considerársele un defensor de la teoría retributiva de la pena en una versión “débil”: una en la que se admiten consideraciones de prevención y disuasión del delito para justificar la institución del castigo, pero que tiene en cuenta la infracción cometida para determinar si a una persona debe castigársele, así como para definir cuál debe ser la extensión de ese castigo. Un retributivismo “débil”, en contraste con las teorías preventivas de la pena, no aceptaría que se utilice a un delincuente como un medio para alcanzar beneficios sociales. El bienestar de la comunidad política no puede servir de argumento para agravar o aminorar la pena de un criminal. Quienes sostienen una teoría retributiva “débil” la sustentan en una (i) lectura sistemática de los conceptos kantianos de

libertad, Estado y derecho; y en (ii) la diferenciación que en el sistema filosófico de Kant existe entre el ámbito de la moral y el derecho.<sup>1</sup>

En la versión retributiva “débil”, el derecho penal y la pena encontrarían su justificación en su capacidad de disuadir y prevenir el delito, y la retribución no sería la finalidad última de la institución, sino el límite que tiene el Estado cuando inflige un castigo a sus ciudadanos, a la vez que una garantía de que el infractor no será utilizado simplemente como un medio para alcanzar otros fines sociales (Byrd: 153).

Las teorías retributivas admiten que el hecho de que una persona haya cometido un delito es una condición necesaria y suficiente para la imposición de un castigo, y que éste para ser justo debe ser proporcional al delito cometido. Entre estas teorías hay acuerdo sobre el criterio que debe guiar la imposición del castigo pero no sobre la justificación general de la institución de la pena (Scheid: 264).

El orden de nuestra exposición será el siguiente: Primero, se hará un recuento de los apartes de la obra de Kant en los cuales se refiere de manera explícita a la pena. Segundo, se presentarán las posiciones sostenidas por algunos académicos que le atribuyen a Kant una teoría de la pena retributiva en sentido “fuerte”.<sup>2</sup> Tercero, expondremos los conceptos de libertad, Estado y derecho en Kant, mostrando cómo leídos en su integridad hacen poco plausible el atribuirle a Kant un retributivismo “fuerte”, y las razones por las cuales dichos conceptos permitirían atribuirle una teoría retributiva en su versión “débil”. Cuarto, presentaremos las diferencias entre el ámbito de la moral y el derecho en Kant, para señalar las implicaciones que éstas tienen para su concepción de la pena, y en quinto lugar, explicaremos porqué la tesis que en este artículo se expone no afecta la autonomía y la dignidad del individuo, como miembro de una comunidad política.

## I

Debemos comenzar por decir, que la discusión acerca de cuál es la concepción de la pena en la filosofía del derecho de Kant, se suscita por diferentes pasajes de *Lecciones de Ética, Teoría y Práctica*, y de la *Metafísica de las Costumbres*. En

1 Esta posición es compartida por Don Scheid, ‘Kant’s Retributivism’, *Ethics*, Vol.93, No. 2 (Enero 1983), pg. 262-282; B. Sharon Byrd en ‘Kant’s Theory of Punishment: Deterrence in its Threat, Retribution in its execution’, *Law and Philosophy*, Vol. 8 (1989), pg. 151-200; y Mark Tunick, ‘Is Kant a retributivist?’, *History of Political Thought*, Vol. XVII, No. 1 (Spring 1996), pg. 60-78.

2 Jeffrey Murphy, ‘Marxism and Retribution’, *Philosophy and Public Affairs*, Vol.2, No.3 (Spring 1973), pg. 228-229; S.I Benn, “Punishment,” *The Encyclopedia of Philosophy*, ed. Paul Edwards, 8 vols. (London: Macmillan Publishers; New York: Free Press, 1967), Vol. 7, pg.30.; y Donald Clark Hodges, ‘Punishment’, *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol. 18, No.2 (Dic., 1957), pg. 209-210.



estas obras coexisten afirmaciones que podrían encuadrarse en un retributivismo “fuerte” o radical, con apartes en los que Kant introduce criterios para la imposición de la pena que van más allá de la (i) estricta valoración de la acción delictiva y de (ii) la gravedad que ésta reviste.

Kant, en *Lecciones de Ética*, explica los distintos tipos de castigo. Comienza por decir “que el castigo en general es el mal físico que se asigna a alguien por causa del mal moral que éste haya infligido” (95 Lecciones). Para Kant, los castigos se clasifican según su objetivo en preventivos o restitutorios. Los primeros se imponen para evitar que acontezca el mal, y los segundos precisamente porque el mal ha ocurrido. Los castigos son mecanismos “para evitar o penar el mal” (Kant: 95 Lecciones).

Y a renglón seguido traza una distinción entre el castigo legal y el moral: “Todos los castigos provenientes de la autoridad son de tipo preventivo, aleccionadores para el propio infractor o tendentes a aleccionar a otros mediante ese ejemplo. Ahora bien, los castigos de un ser tal que sanciona las acciones de acuerdo con la moralidad son castigos restitutorios” (Kant: 95 Lecciones). Distinción que se hace aún más clara cuando dice: “Todos los castigos impuestos por el príncipe y la autoridad son pragmáticos y sirven para corregir o como ejemplo disuasorio. La autoridad no castiga porque se haya delinquido, sino para que no se cometan delitos. Ahora bien, el delincuente, independientemente de esto, se ha hecho digno de castigo por lo que ha hecho” (Kant: 95 Lecciones).

De estas citas es posible concluir que para Kant el castigo legal (que proviene de la autoridad) quiere siempre prevenir que el delincuente reincida en su conducta, o que otros lo imiten con sus acciones. El castigo (jurídico) se impone no tanto porque se haya delinquido, sino para evitar que se cometan delitos, sin perjuicio de que su imposición tenga como presupuesto la comisión de un crimen.

En la *Metafísica de las Costumbres*, Kant afirma que “el derecho penal es el derecho que tiene el soberano, con respecto a aquél que le ésta sometido, de imponerle una pena por su delito” (166 Metafísica). La pena deberá ser impuesta a quien transgreda las leyes públicas penales. Pero, “La pena judicial (poena forensis)...no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo porque ha delinquido; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real (*Sachenrecht*); frente a esto lo protege su personalidad innata” (Kant: 168 Metafísica).

El castigo legal no puede utilizarse simplemente como un medio para aumentar el bienestar del delincuente o la felicidad de una comunidad política porque se estaría

vulnerando el imperativo categórico en su segunda redacción.<sup>3</sup> Si con la pena se quiere disuadir a la ciudadanía de cometer actos delictivos (reducir el crimen), y no se quiere utilizar al hombre como un simple medio para el logro de ese fin, es necesario que los destinatarios del castigo legal hayan delinquido. Es por eso que Kant expresa que “Antes de que se piense en sacar de esta pena algún provecho para él mismo o para sus conciudadanos tiene que haber sido juzgado *digno de castigo*” (166 *Metafísica*).

Kant ilustra su posición con un ejemplo: “¿Qué debemos pensar, pues de la propuesta de conservar la vida a un criminal condenado a muerte, si se prestara a someterse a experimentos de por sí peligrosos y fuera tan afortunado que saliera bien librado, con lo cual los médicos obtendrían nueva información, provechosa para la comunidad?” (167: *Metafísica*). En este ejemplo a un delincuente se le dejaría de castigar, es decir, no se le daría el tratamiento que se merece, por los beneficios sociales que resultarían de no castigarlo, con lo cual se le estaría tratando simplemente como un medio para obtener un fin. Para Kant, “un tribunal rechazaría con desprecio al colegio médico que hiciera esta propuesta, porque la justicia deja de serlo cuando se entrega por algún precio” (167 *Metafísica*).

El pasaje en el que Kant con más vehemencia se muestra en desacuerdo con perdonar o dejar de castigar a un delincuente es el siguiente: “Aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, decidiera disgregarse y diseminarse por todo el mundo el pueblo que vive en una isla), antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo: porque puede considerársele como cómplice de esta violación pública de la justicia” (168-169 *Metafísica*).

Kant considera que ni siquiera la totalidad de los miembros de la sociedad civil puede arrogarse la potestad de disolver la organización política, sin antes haber castigado al último delincuente que se encuentre en prisión. De hacerlo, el pueblo se convertiría en cómplice del delito, porque con su actuación permitiría que quien infringió las leyes públicas penales (definidas por todos los ciudadanos) se sustraiga del castigo, con lo cual estaría manifestando en forma tácita su acuerdo con la conducta desplegada.

Para Kant, todo criminal debe ser castigado, quien delinque debe sufrir una pena. Sin embargo, en un aparte de la *Metafísica de las Costumbres* matiza esta

---

3 “Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio (Kant: 116 *Fundamentación*)”.

posición cuando expresa: “Pero si el número de cómplices (correi) de tal acción fuera tan grande que el Estado, para librarse de semejantes criminales, tuviera que llegar casi al extremo de no tener ya ningún súbdito más, y sin embargo, no quisiera disolverse, es decir, pasar al estado de naturaleza, que es todavía peor porque carece de toda justicia exterior... entonces el soberano tiene que tener también en este caso extremo (*casus necessitatis*) para hacer él mismo de juez (representarlo) y pronunciar una sentencia que imponga a los criminales otra pena en vez de la pena de muerte, que conserve la vida del conjunto del pueblo...” (170 *Metafísica*). Esta cita lleva a pensar que la aplicación estricta del castigo legal, que busca precisamente preservar el Estado jurídico (conjunto de leyes públicas), no puede conducir a su destrucción.

Kant, tampoco considera útil que se castigue en los casos en que la pena no tiene la potencialidad de disuadir a las personas de desplegar la conducta prohibida en la ley penal. Cuando se refiere al infanticidio materno (nacimiento de hijo ilegítimo) y al asesinato de un compañero de armas en duelo, dice que es bastante dudoso que la legislación tenga derecho a imponerles la pena de muerte: “Puesto que la legislación no puede borrar la deshonra de un nacimiento bastardo y aún menos la mancha que, por la sospecha de cobardía, cae sobre un jefe militar subalterno que no opone a una afrenta una fuerza personal que supera el temor a la muerte, parece que los hombres en estos casos se encuentran en el estado de naturaleza y que el homicidio (*homicidium*), que entonces ni siquiera tendría que llamarse asesinato (*homicidium dolosum*), sería sin duda punible en ambos casos, pero no puede ser castigado por el poder supremo con la muerte” (172- 173 *Metafísica*).

Kant se pregunta, ¿cuál debe ser el criterio o patrón para determinar la extensión y el rigor de la pena? Responde, “que ninguno más que el principio de igualdad (en la posición del fiel de la balanza de la justicia): no inclinarse más hacia un lado que hacia otro. Por tanto, cualquier daño inmerecido que ocasionas a otro en el pueblo, te lo haces a ti mismo; si le robas, te robas a ti mismo; si le pegas, te pegas a ti mismo; si le matas, te matas a ti mismo. Sólo la *ley del talión* (*ius talionis*) puede ofrecer con seguridad la cualidad y cantidad del castigo...” (167 *Metafísica*). La medida de la pena está dada por la restricción a la libertad externa que causa el delincuente cuando comete un delito.

## II

Para Jeffrey Murphy, en Kant encontramos una teoría retributiva “fuerte” que tiene como punto de partida la reciprocidad en el comportamiento que debe existir entre los ciudadanos de una organización política. Según este autor, Kant considera que

hay una obligación política de mantener incólume la justicia, entendida ésta como la agregación de condiciones que hacen posible que la voluntad de un individuo coexista con la voluntad de otros de acuerdo con una ley universal de la libertad (Murphy: 228).

Esas condiciones mínimas desaparecen cuando la voluntad de un individuo busca imponerse sobre la de los demás, contraviniendo la ley universal de la libertad bajo la cual deben coexistir. Considera Murphy que cuando un individuo violenta esa ley universal consigue en el instante una ventaja injusta sobre quienes la obedecen en forma voluntaria. Es imperativo (al menos en un Estado jurídico) que nadie obtenga beneficios ni ventajas de la comisión de sus propios delitos. El objetivo de la pena sería entonces la restauración del balance entre la obediencia y el beneficio injusto obtenido (Murphy: 229).<sup>4</sup>

Donald Hodges también considera que la pena en Kant es un mecanismo para restablecer la justicia. Dice Hodges que el concepto de justicia exige que cada quien en ejercicio de su libre voluntad se abstenga con sus acciones externas de constreñir la voluntad de los demás de acuerdo con una ley universal de la libertad. Quien se sustraiga de este principio de justicia será acreedor de un castigo o retaliación equivalente a la restricción de la libertad que con la ejecución de su conducta haya causado en otro (Hodges: 209). La pena sería entonces el efecto justo de desplegar una conducta contraria al derecho positivo (penal), es decir, el resultado que le espera a quien en forma deliberada actúa en forma inconsistente con el deber (jurídico) contemplado en la ley.<sup>5</sup>

Por su parte, S.I. Benn va más allá de las posiciones antes expuestas por cuanto considera que una teoría retributiva “fuerte” observa en la pena la respuesta natural frente al delito; quien delinque debe necesariamente sufrir. La pena sería la respuesta inmediata e intuitiva a cualquier acción injusta, que además no requiere de ninguna justificación.<sup>6</sup> Mientras que Murphy basa su planteamiento en la reciprocidad

---

4 En palabras de Murphy, Kant “offers a theory of punishment that is based on his general view that political obligation is to be analyzed, quasi-contractually, in terms of reciprocity. If the law is to remain just, it is important to guarantee that those who dis- obey it will not gain an unfair advantage over those who do obey voluntarily. It is important that no man profit from his own criminal wrongdoing, and a certain kind of “profit” (i.e., not bearing the burden of self-restraint) is intrinsic to criminal wrongdoing. Criminal punishment, then, has as its object the restoration of a proper balance between benefit and obedience (Murphy: 229).”

5 “Punishment is a particular kind of justice, according to Kant, and is defined as the legal and just effect of demerit. Demerit is imputable whenever one does less than what is demanded by statutory law. Punishment is proportional to demerit, which, in turn, is proportional to the importance or strictness of the duty violated, and the ease with which duty might have been fulfilled (Hodges: 210).”

6 “The most thoroughgoing retributivists, exemplified by Kant, maintain that the punishment of crime is right in itself, that it is fitting that the guilty should suffer, and that justice, or the moral order, requires the

en el comportamiento que debe existir entre los ciudadanos de una organización política, y Hodges en la necesidad de que las acciones externas de los ciudadanos no restrinjan la voluntad de los demás, Benn entiende la pena como la respuesta emocional que merece quien nos causa un daño: deseamos agredir a quien nos agrede. La posición de Benn puede ilustrarse mejor con la siguiente pregunta: ¿qué otra cosa merece quien despliega un acto injusto que la imposición de un castigo?

Las anteriores son todas posiciones que le atribuyen a Kant una teoría retributiva “fuerte” en la que la pena no encuentra su justificación en la disuasión y prevención del crimen, sino que sólo tiene en cuenta la infracción cometida para determinar si ha de imponerse un castigo y en qué extensión deberá hacerse.

### III

Tal como lo señalamos en un principio, es posible enmarcar los planteamientos kantianos en relación con la pena dentro de una teoría retributiva “débil”. Una en la que el hecho de haber cometido un delito sea la condición necesaria y suficiente para la imposición de una pena justa, debiendo ésta ser proporcional al delito cometido, pero en la que la institución del castigo tenga como justificación general la de desincentivar el delito y prevenir el crimen (Scheid: 264), sin que bajo ninguna circunstancia pueda utilizarse al individuo simplemente como un medio para obtener un fin.

En Kant, la unión de las personas en un Estado civil, tiene lugar por la influencia recíproca que las acciones de los hombres tienen sobre sus pares. La influencia mutua e inevitable de los comportamientos humanos hace que los pueblos quieran organizarse en un Estado jurídico bajo una voluntad que los unifique.<sup>7</sup> El estado jurídico es “por tanto, un sistema de leyes para un pueblo, es decir, para un conjunto de hombres, o para un conjunto de pueblos que, encontrándose entre sí en

---

*institution of punishment. This, however, is not to justify punishment but, rather, to deny that it needs any justification.... Its intrinsic value is appreciated immediately and intuitively (Benn: 30)."*

7 “La unión de muchas personas en orden a cualquier fin (fin común, que todos *tienen*) se halla en todo contrato social; pero la unión de estas personas que es fin en sí misma (fin que cada uno *debe tener*), **por tanto la unión en todas las relaciones externas, en general, de los hombres—que no pueden evitar verse abocados a un influjo recíproco-, es un deber primordial e incondicionado; tal unión sólo puede encontrarse en una sociedad en la medida en que ésta se halle en estado civil, esto es, en la medida en que constituya una comunidad** (Kant: 26 Teoría)”.

una relación de influencia mutua, necesitan... una voluntad que los unifique” (Kant: 140 Metafísica).

Antes de la configuración y concreción del estado civil o jurídico, no es posible para los hombres y pueblos estar seguros frente la violencia, ni tampoco conocer con certeza lo que es bueno y justo. Lo justo se encuentra relativizado y puede ser controvertido por la opinión de otro. En palabras de Kant, “antes de que se establezca un estado legal público, los hombres, pueblos y Estados aislados nunca pueden estar seguros unos de otros frente a la violencia y hacer cada uno lo que le parece justo y bueno por su propio derecho sin depender para ello de la opinión de otro” (141 Metafísica).

Del sistema de leyes producidas en el estado jurídico provienen los deberes externos de los individuos, son las leyes públicas las que definen que es el derecho entre los hombres, de acuerdo con lo cual “se puede atribuir a cada uno lo que es suyo y garantizárselo frente a una usurpación por parte de cualquier otro” (Kant: 26 Teoría). Lo que caracteriza un estado civil, es que a cada uno de sus miembros (ciudadanos) se le determina lo suyo *legalmente* y se le atribuye lo que le pertenece desde un poder exterior ajeno a la voluntad subjetiva de sus ciudadanos (Kant: 141 Metafísica).

Para Kant, en el estado de naturaleza no necesariamente reinan la guerra y la violencia, ni todo acto está signado por la injusticia, sino que es “un estado sin derecho (*status iustitia vacuus*), en el cual, cuando el derecho era controvertido (*ius controversum*), no se encontraba juez competente alguno para dictar una sentencia con fuerza legal...” (Kant: 141 Metafísica). En el estado de naturaleza, las leyes de propiedad prescriben lo mismo que en el estado civil, lo que trae de novedoso el tránsito de un estado a otro es la materialización de las condiciones externas para que esas leyes puedan realizarse. Incluso, si antes de constituirse el estado civil, no se reconociera ninguna adquisición como legal y no existiera al menos una propiedad provisional, los hombres no tendrían ninguna motivación para acceder a él, por cuanto no habría deberes externos ni títulos de propiedad (difusos) susceptibles de ser garantizados en el estado jurídico (Kant: 141-142 Metafísica).

El estado civil posibilita que las relaciones que los individuos guardaban con ciertos objetos en el estado de naturaleza puedan concretarse sin riesgo de que sus derechos sean discutidos o desconocidos por otros miembros de la comunidad. Lo que posibilita la salida del estado de naturaleza, es precisamente que en éste existen provisionalmente un mío y tuyo exteriores, y los hombres buscando salvaguardar esas relaciones provisionales de propiedad deciden entrar en el estado civil.

Si el objetivo del estado civil es el de proveer las condiciones bajo las cuales los deberes externos y las leyes de propiedad provenientes del estado de naturaleza

han de realizarse, mediante la producción de leyes públicas que atribuyan a cada quien lo que es suyo, buscando garantizárselo frente a una usurpación por parte de cualquier otro, no se ve como el fin de la pena, que es expresión del estado civil, pueda ser el de limitarse a castigar a quien haya delinuido (retributivismo fuerte), y no procurar que con la imposición del castigo se reduzcan las probabilidades de afectación de los derechos de los ciudadanos, esto es, que se controle y prevenga el crimen.

Las leyes públicas promulgadas en un estado civil, regulan las acciones de la ciudadanía, limitan la libertad en las relaciones externas de los hombres, estableciendo de este modo lo que es conforme a derecho. “El derecho es la limitación de la libertad de cada uno a la condición de su concordancia con la libertad de todos, en tanto que esta concordancia sea posible según una ley universal” (Kant: 26 Teoría).<sup>8</sup> En Kant, el principal objetivo de toda organización política es el de garantizar a cada ciudadano su libertad individual,<sup>9</sup> y la pena como parte integrante del sistema legal, que resulta de la constitución del estado civil, se justifica en tanto constituye un incentivo externo para que los ciudadanos se abstengan de infringir esa libertad (Scheid: 270).

La legislación pública (que es el derecho en el Estado civil) garantiza el más alto grado de libertad individual compatible con la libertad de otro (Scheid: 269). Es preferible que sea castigado quien obstaculiza la coexistencia de libertades, quien despliega acciones incompatibles con la libertad de todos, que retornar al estado de naturaleza en el cual los hombres no pueden protegerse de la violencia, ni tampoco actuar según les indique su propio arbitrio (sin tener en cuenta la voluntad de otro). La pena obstaculiza y se opone a la restricción de la libertad exterior que el delincuente pretende adelantar con su acción criminal.

El estado civil trae consigo una “legislación exterior poderosa” (Kant: 140) que le es exigible a los ciudadanos por medio de la coacción. La coacción implica forzar a un individuo libre a comportarse y actuar de acuerdo con la legislación exterior. La pena, siendo la máxima expresión de esa coacción, constituye un incentivo externo para que los ciudadanos se abstengan de infringir las leyes (Scheid: 265);

---

8 En una redacción diferente “*el derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad*” (Kant: 39 *Metafísica*).

9 “*The conditions necessary for this universal freedom are secured through civil society. This society is an instrument of securing not only immediate, but more importantly, abstract extensions of individual freedom... The purpose of criminal law is to protect this social order... Punishment as a threat, used to secure society and in turn the maximum universal freedom of every member of that society, is clearly deterrent in nature*”, en: B. Sharon Byrd, ‘*Kant’s Theory of Punishment: Deterrence in its Threat, Retribution in its Execution*’, *Law and Philosophy*, Vol. 8 (1989), pg. 154.

disuadiéndolos de la comisión de ciertas conductas objetivas consideradas como delitos en el estado civil.

Para Kant que alguien tenga un derecho subjetivo frente a otro, como el que le asiste a un acreedor de que se le pague lo que se le adeuda, significa que en ese caso el ejercicio de la coacción legal es compatible con la libertad de todos los ciudadanos del estado civil (Scheid: 267). El castigo previsto en la legislación exterior para quien no honra sus deudas civiles, la coacción que gravita sobre ese deudor, tiene como fin disuadirlo de desplegar actos contrarios a su deber legal, prevenir que infrinja las normas que regulan las acciones externas en la sociedad civil. Por ello afirma, “cuando se dice: un acreedor tiene derecho a exigir el pago de la deuda a su deudor, esto no significa persuadirle de que su propia razón le obliga al pago, sino que una coacción, que obliga a todos a hacer esto, puede muy bien coexistir con la libertad de cada cual...” (Kant: 42 Metafísica).

Kant no concibe que se pueda tener la propiedad legal sobre un objeto, si los asociados no tienen la obligación externa de abstenerse de utilizar ese objeto. Y esa obligación externa sólo puede existir para los ciudadanos en un estado civil que pueda mediante la coacción hacer cumplir las leyes de la propiedad (Scheid: 267). Por tanto, “algo exterior sería mío sólo si puedo suponer que el uso que cualquier otro hace de una cosa puede lesionarme, aunque yo no esté, sin embargo, en posesión de ella” (Kant: 56 Metafísica).

Tenemos entonces, que para Kant un auténtico sistema legal que establezca deberes y obligaciones para los ciudadanos debe estar respaldado en la amenaza del castigo. El sistema legal establece deberes externos para los ciudadanos, a la vez que dispone castigos y sanciones que sirven de incentivos negativos para no apartarse de los deberes previstos en la legislación. Esta concepción del sistema legal en la que el derecho y la coerción están estrechamente ligados sugiere que la pena y cualquier tipo de castigo tienen en Kant un rol de disuasión y prevención criminal. Con la pena se quiere desincentivar la comisión de ciertas conductas objetivas, se quiere prevenir que las acciones externas se aparten de la legislación penal.

Adicionalmente, en Kant una teoría retributiva “débil” encontraría respaldo en la justificación misma del estado civil. El estado civil tiene su justificación en una consideración de tipo consecuencialista: la de asegurar la libertad individual de todos los ciudadanos. El objetivo último de una organización política es el de lograr la consecución del máximo grado de libertad para cada uno de sus ciudadanos, siendo esta pretensión la que a su vez hace necesario la existencia de un sistema legal estatal.



## IV

La distinción que hace Kant entre moral y derecho respaldaría una teoría retributiva “débil” de la pena. Aún cuando es cierto que Kant rechazaría cualquier pretensión de otorgarle carácter moral a una acción por sus consecuencias benéficas o efectos positivos, no puede ignorarse que en Kant el derecho y la moral se ubican en esferas distintas. Para Kant, los resultados positivos atribuibles a una acción no la revisten de un carácter ético, pero en el ámbito del derecho las acciones humanas pueden justificarse por los beneficios sociales que proporcionan (Tunick: 62).

En la esfera del derecho, cuando se juzgan las acciones humanas no sólo se tiene en cuenta su valor moral, sino también las consecuencias benéficas que puedan generar. Kant no le asigna un valor moral en sí mismo al castigo (legal), por cuanto la pena representa la máxima expresión de la coacción legal y la esfera legal está separada de la moral (Tunick: 62).

El objetivo de este capítulo es poner de presente (i) las distinciones que existen entre el ámbito de la moral y el derecho en Kant, y (ii) mostrar cómo esas diferencias permitirían decir que Kant defiende una teoría retributiva “débil” de la pena y no una “fuerte”. Primero, se expondrán las diferencias entre uno y otro ámbito, y después sus implicaciones para la teoría de la pena en Kant.

La libertad es el concepto central en la teoría del derecho y la moral en Kant. Al derecho le interesa la libertad externa, es decir, la libertad de cada quien para actuar según sus propios designios y decisiones. Las decisiones que toman los individuos son contingentes, y atienden a sus intereses y propósitos particulares, razón por la cual pueden entrar en pugna y en franca oposición. La función del derecho es entonces, la de conciliar o armonizar el arbitrio individual con el arbitrio del otro, con el fin de garantizar a cada individuo el máximo grado de libertad externa (Fletcher: 535). Las condiciones que garantizan ese máximo grado de libertad vienen dadas por las leyes públicas producidas en el Estado civil.

Para Kant, “los deberes nacidos de la legislación jurídica sólo pueden ser externos, porque esta legislación no exige que la idea de este deber, que es interior, sea por sí misma fundamento de determinación del arbitrio del agente y, puesto que ella, sin embargo, necesita un móvil adecuado para la ley, sólo puede ligar móviles externos con la ley (24 Metafísica)”.

En Kant, el sistema legal no sólo define las normas de derecho público, sino que prevé el uso de la coerción para proteger el sistema, en particular de quienes cometen crímenes y delitos contrariando lo que prescriben las leyes públicas (Fletcher: 536). Es importante resaltar que la libertad externa no nace con el derecho, ni éste viene a

realizar una nueva distribución de las libertades entre los ciudadanos, sino que el derecho se erige en un instrumento que optimiza el ejercicio de las libertades que los hombres ya poseían (Fletcher: 537).

La legislación se compone de una ley que prescribe una conducta objetiva (activa u omisiva), que contempla un deber, y de un incentivo negativo que motiva al ciudadano a actuar de acuerdo con ella, que lo obliga y lo constriñe a actuar en determinada forma (Byrd: 162). Las leyes públicas son la combinación del deber consignado en ellas y la motivación que sirve de incentivo para satisfacer ese deber (Byrd: 163).

El cumplimiento de los deberes externos que prescribe la ley puede verificarse empíricamente, y satisfacerse con independencia de los motivos personales que hayan llevado al ciudadano al despliegue de una conducta conforme al derecho (Byrd: 164). “A la mera concordancia o discrepancia de una acción con la ley, sin tener en cuenta los móviles de la misma, se le llama la legalidad (conformidad con la ley)...” (Kant: 24 Metafísica). En consecuencia, a la legislación jurídica sólo le interesa que las acciones externas de los ciudadanos correspondan con el deber contenido en la ley, y que el incentivo o motivo para haber actuado conforme a ese deber sea también externo (Byrd: 165).

Como lo señalábamos, la libertad es el elemento central en la teoría moral de Kant. Sin embargo, mientras que el derecho se ocupa de la libertad externa, a la moral le interesa la libertad interna de los individuos. En lo externo, la libertad se refiere a la ausencia de obstáculos y restricciones físicas, y en lo interno a la no interferencia de los sentidos con los dictados de la razón (Fletcher: 537).<sup>10</sup> Kant piensa que tenemos la libertad interna para actuar exclusivamente conforme a los dictámenes de la razón.

Para Fletcher, la libertad interna puede visualizarse como la consecuencia de abstraer nuestras acciones del influjo proveniente de las inclinaciones y los sentidos (537). La libertad interna en Kant, es expresión de la razón pura en la acción humana. Se ubicaría con las nociones de autonomía, voluntad y noumeno en un mundo que va más allá de lo sensorial y de lo meramente perceptivo.

De ahí que en la moral kantiana, un individuo despliega acciones morales sólo cuando actúa por deber. Restringiéndose a lo que le corresponde por deber, el

---

10 “While external freedom arises from the absence of physical restraint, internal freedom, at least defined negatively, derives from the absence of sensual interference with the dictates of reason. Though we directly experience external freedom, we do not experience in the same way the freedom defined as the absence of sensual interference with the dictates of reason” (Fletcher 537).

individuo puede abstraer su conducta de la influencia de los sentidos y las inclinaciones sensoriales. Lo que se debe evitar para que una acción no pierda su valor moral, es que el individuo la ejecute animado por deseos e inclinaciones internas que persigan un fin o propósito determinado (Fletcher: 538).

Y es precisamente porque los hombres no actúan siempre guiados por el deber y la razón, por lo que se hace necesario la formulación de un imperativo categórico que constriña la voluntad de los individuos. Como bien lo anota Fletcher, el carácter categórico del imperativo viene dado por la ausencia de toda consideración externa, de todo cálculo o finalidad relacionada con el mundo fenoménico. Sólo el imperativo categórico puede otorgarle a una acción valor moral, por cuanto cualquier otro criterio que se utilice para constreñir las acciones de los hombres, que tenga en cuenta fines y propósitos en el mundo fenoménico, vincularía impulsos sensoriales a la conducta humana. El carácter moral de una acción no está dado por su correspondencia con una prescripción normativa, sino por la exteriorización de una conducta dictada por la razón y conforme al deber (Fletcher: 538).

Actuar por deber es atender los dictámenes de la razón. Y lo que dicta la razón es unívoco e invariable, por lo que los hombres que se apegan a ella sólo podrán actuar de una manera. La actuación conforme al deber genera esa necesidad objetiva. El individuo que quiere ver ceñidos sus actos a la moral, debe entonces enfocarse en abstraerse de las leyes que imperan en el mundo fenoménico, y someterse al mundo del noúmeno, en el cual impera la necesidad de la razón (Fletcher: 539).

¿Qué implicaciones tienen entonces las diferencias entre moral y derecho para una teoría de la pena en Kant? En la medida en que son esferas separadas que se ocupan de regular dos tipos distintos de libertad (la interna y la externa), es posible que cada sistema, de acuerdo con su propia finalidad y especificidad, decida restringirla con parámetros diferentes.

Hemos visto, que es en el ámbito de la moral (interno) en el cual el individuo debe procurar actuar por deber, cuidándose de no permitir que las inclinaciones y los sentidos puedan influir, motivar o modificar sus acciones. En el terreno de la moral, el individuo debe evitar que sus acciones estén motivadas por deseos y percepciones sensoriales que persigan un fin o propósito concreto en el mundo fenoménico.

En la medida en que una acción sólo tiene valor moral cuando es el reflejo de los dictados de la razón, es decir, cuando se actúa por deber, es comprensible que cuando se le juzga no se pueda acudir a sus consecuencias en el mundo exterior para calificarla de buena o mala. Y es por eso que cuando nos encontramos frente a una conducta moralmente reprochable (por apartarse de los dictados unívocos de la razón), el castigo que ésta merece no puede determinarse ni tampoco justi-

ficarse con argumentos consecuencialistas, tales como, disuadir a la ciudadanía de la comisión de acciones delictuales (control criminal) o la rehabilitación de delincuentes peligrosos.

Como el castigo (en el ámbito de la moral) no puede justificarse en los beneficios sociales que pudieran derivarse de su imposición, la atribución de un castigo sólo puede estar justificada por la falta cometida y la gravedad que ésta reviste, esto es, por una postura retributiva “dura”.

Pero en la esfera del derecho (libertad exterior), no sólo se tiene en cuenta el valor moral de las acciones humanas, sino también las consecuencias positivas y los beneficios sociales que pueden generar. El derecho no busca abstraerse del mundo fenoménico como lo hace la moral, sino que por el contrario busca conciliar los propósitos e intereses de los individuos, que se manifiestan en el ejercicio diario de su libertad exterior. En el ámbito del derecho cobran plena vigencia los derechos subjetivos y de propiedad que cada quien tiene, y los propósitos y aspiraciones concretas de cada uno de los ciudadanos.<sup>11</sup>

La función del derecho es la de armonizar el arbitrio del uno con el arbitrio del otro, según una ley universal de la libertad, con el fin de garantizar a cada individuo el máximo grado de libertad externa. Es por eso, que cuando un ciudadano con una acción delictual contraviene las leyes públicas puede imponérsele la pena que garantice a cada individuo el mayor grado de libertad, que bien puede ser aquella que disuada a otros de imitar esa conducta criminal o la que tenga la potencialidad de rehabilitar al delincuente.

¿Qué ocurriría, si no obstante existir un sistema legal que delimita los derechos de los ciudadanos, atribuyéndole a cada quien lo suyo, se cometieran tantos crímenes y delitos que nadie pudiera estar seguro de que sus derechos le serán respetados? Si la pena como máxima expresión de la coacción legal pública no disuade a las personas de cometer delitos, nadie en el Estado civil estaría a salvo de la violencia, y los derechos subjetivos seguirían relativizados tal como lo estaban en el estado de naturaleza (Kant: 141-142).

Kant, en varios apartes de su obra, le asigna a la pena un rol disuasivo: observa en la pena un mecanismo eficaz de control y reducción del crimen. En *Lecciones de Ética*, Kant distingue entre leyes morales y pragmáticas. Éstas últimas son las consignadas en los códigos y el derecho positivo, con las cuales se pretende regular

---

11 Como bien lo expresa Fletcher, “we can all have the same duties, but we cannot all have rights in the same objects. Duties unite us in a moral community of ends; rights divide in the concrete community of laws” (543).

las acciones que pueden afectar a otras personas y que deben ser obedecidas sin importar la aptitud o posición interna de quien actúa.

Kant afirma que las leyes pragmáticas son producidas por los gobiernos y Estados, mientras que las leyes morales no tienen autor. Y también dice que el castigo impuesto por una persona que siga criterios morales es de tipo retributivo, pero que el castigo por la vulneración de las leyes pragmáticas se impone con el ánimo de disuadir a otros de cometer la misma conducta y de reformar al delincuente (Tunick: 62). Para Kant, “Todos los castigos impuestos por el príncipe y la autoridad son pragmáticos y sirven para corregir o como ejemplo disuasorio” (Kant: 95 Lecturas). Y agrega: “La autoridad no castiga porque se haya delinquido, sino para que no se cometan delitos” (Kant: 95 Lecturas).

En la *Metafísica de las Costumbres*, Kant expresa que cuando la imposición de la pena de muerte ponga en riesgo la subsistencia del Estado mismo, debe poder prescindirse de su aplicación.<sup>12</sup> Es apenas lógico que así sea, porque si la pena es un mecanismo para asegurar la libertad y los derechos subjetivos de los ciudadanos en el Estado civil, no tendría sentido que su aplicación tuviera el efecto contrario: el de causar la disolución del estado, dejando a los individuos sin ningún poder exterior que pueda determinar qué es lo bueno y lo justo en las relaciones humanas. En Kant, la pena no tiene entonces un valor en sí mismo, sino que su imposición está justificada si con ella se logra la realización de la libertad y se aseguran los derechos subjetivos de los ciudadanos.

En el mismo sentido, cuando Kant se refiere en la *Metafísica de las Costumbres* al derecho de gracia que le asiste al soberano de eximir a un criminal del castigo que le corresponde, afirma que el ejercicio de ese derecho estará supeditado a razones prácticas relacionadas con la seguridad de la gente y la supervivencia del Estado.<sup>13</sup> El soberano puede hacer uso de ese derecho cuando los crímenes cometidos afecten su majestad, pero no cuando atenten contra los intereses de sus súbditos.

---

12 “Pero si el número de cómplices (*correi*) de tal acción fuera tan grande que el Estado, para librarse de semejantes criminales, tuviera que llegar casi al extremo de no tener ya ningún súbdito más, y sin embargo, no quisiera disolverse, es decir, pasar al estado de naturaleza, que es todavía peor porque carece de toda justicia exterior...entonces el soberano tiene que tener también en este caso extremo (*casus necessitatis*) para hacer él mismo de juez (*representarlo*) y pronunciar una sentencia que imponga a los criminales otra pena en vez de la pena de muerte, que conserve la vida del conjunto del pueblo... (Kant: 170 *Metafísica*)”.

13 “En lo que respecta a los crímenes de los súbditos entre sí no le corresponde en modo alguno ejercer tal derecho; porque aquí la impunidad (*impunitas criminis*) es la suma injusticia contra ellos. Por tanto, sólo puede hacer uso de este derecho en el caso de que él mismo sea lesionado (*crimen laesae maiestatis*). Pero ni siquiera entonces puede hacerlo si la impunidad pudiera poner en peligro la seguridad del pueblo” (Kant: 174 *Metafísica*).

Y ni siquiera podría hacerlo en caso en que se afecte su majestad, “si la impunidad pudiera poner en peligro la seguridad del pueblo (Kant: 174)”.

Para Kant, las leyes públicas penales tienen como objetivo prevenir que los hombres desplieguen ciertas conductas, para lo cual prevé sanciones que operan como incentivos negativos. Es por eso que Kant no le ve sentido a una ley que impone un castigo, si ese castigo no tiene la potencialidad de impedir que la conducta prohibida se ejecute.

En su ensayo, “En torno al tópico: tal vez eso sea correcto en teoría pero no sirve para la práctica”, Kant nos da un ejemplo ilustrativo en el que justifica el castigo legal (no moral) con argumentos de disuasión y control criminal. En el ejemplo mencionado un hombre que navega sobre una balsa empuja a otro fuera de ella para salvar su vida. Es claro que su conducta es moralmente reprochable, porque la razón le impondría la obligación de no matar a un hombre que no constituye una amenaza directa para su vida. El hombre que empuja a otro fuera de la balsa no actúa por deber, sino por instintos e impulsos de supervivencia.

Para Kant, si el castigo previsto para quien mata a otro no tiene la más mínima potencialidad de prevenir la conducta prohibida, como en el ejemplo mencionado, en el cual la pena de muerte no puede disuadir a un hombre de quitarle la vida a otro para preservar la suya, el castigo pierde su razón de ser que es la de prevenir que los derechos subjetivos de los ciudadanos se vean afectados.<sup>14</sup>

De nuevo aparece la distinción entre derecho y moral en Kant: en el ejemplo de la balsa existiría el deber moral de no matar al otro (porque abstenerse de hacerlo es lo que indicaría la razón), por lo que quien comete homicidio en esas circunstancias debe ser condenado moralmente pero no castigado legalmente. La conducta no es punible porque el derecho con la amenaza del castigo no puede evitar que un hombre en iguales circunstancias actúe de otra manera.<sup>15</sup>

En la *Metafísica de las Costumbres*, en apartes dedicados a su teoría de la pena, Kant trae dos ejemplos elocuentes sobre circunstancias especiales en las cuales se debe prescindir del castigo por su incapacidad para disuadir a las personas de desplegar ciertas conductas prohibidas por el sistema legal. Así lo expresa cuando se refiere al infanticidio materno (nacimiento de hijo ilegítimo) y al asesinato de un

14 Dice Kant, “For the authorities can’t attach any punishment to this injunction, because that punishment would have to be death, and it would be an absurd law that threatened death to one who refuses to die voluntarily in a dangerous situation (68 On the Old saw)”.

15 “Legal duty is an external duty, while ethical or moral duty is internal duty. Legal duty binds by force or coercion. In the lifeboat example there is a moral not a legal duty not to kill the other person. The rescued person is to be morally condemned but not legally punished (Tunick: 65)”.

compañero de armas en duelo.<sup>16</sup> En los dos casos queda clara la distinción entre el castigo moral y el castigo legal. Siempre que una persona no actúe por deber será merecedora de una condena moral. Cuando los actos humanos no correspondan con los dictados de la razón, y sólo busquen generar determinados efectos en el mundo fenoménico estaremos en presencia de una conducta moralmente reprochable. Pero la pena, como expresión coercitiva del sistema legal, sólo está justificada en la medida en que consiga disuadir a las personas de cometer delitos, asegurando así los derechos subjetivos y el mayor grado de libertad externa para cada uno de los ciudadanos.<sup>17</sup>

Además, la pena como incentivo negativo para no cometer crímenes tiene la potencialidad de crear buenos hábitos de conducta en los ciudadanos. Una persona moral no dejará de cometer actos reprobables por miedo a ser castigado legalmente, pero una que no actúe por deber puede exteriorizar acciones conforme al derecho por miedo a ser castigada. Los buenos hábitos de conducta que el castigo genera en los ciudadanos son benéficos para el Estado civil y el orden social (Kant: 95-96 Lecciones).

Hasta el momento, hemos argumentado que la distinción entre la esfera de la moral y el derecho en Kant permitiría atribuirle a éste una teoría de la pena que involucra consideraciones de disuasión y control criminal. Pero, ¿en qué radica entonces el carácter retributivo de su teoría? ¿Puede su concepción de la pena calificarse como la expresión de un retributivismo “débil”?

Una razón por la cual la teoría de la pena en Kant es de tipo retributivo, es por su insistencia en que una persona sólo puede ser castigada por el hecho de haber cometido un delito. Dice Kant, “antes de que se piense en sacar de esta pena algún provecho para él mismo o para sus conciudadanos tiene que haber sido juzgado digno de castigo” (Kant: 166 Metafísica). Debe admitirse, que tal como lo señala Mark Tunick, la limitante de que sólo pueda castigarse a quienes hayan cometido delitos, puede considerarse un “principio retributivo negativo” (retributivismo

---

16 *“Puesto que la legislación no puede borrar la deshonra de un nacimiento bastardo y aún menos la mancha que, por la sospecha de cobardía, cae sobre un jefe militar subalterno que no opone a una afrenta una fuerza personal que supera el temor a la muerte, parece que los hombres en estos casos se encuentran en el estado de naturaleza y que el homicidio (homicidium), que entonces ni siquiera tendría que llamarse asesinato (homicidium dolosum), sería sin duda punible en ambos casos, pero no puede ser castigado por el poder supremo con la muerte (Kant: 173 Metafísica)”.*

17 *“The reason we have the practice of legal punishment is not to give lawbreakers their just deserts, or to vindicate right or to absolve others, but rather to secure a peaceful society of ordered liberty, both by deterring would be violators of rights, and by instilling in man the habit of good deeds (Tunick: 67)”.*

bastante débil), por cuanto la mayoría de los utilitaristas también lo aceptarían porque castigar inocentes no es útil socialmente.<sup>18</sup>

Pero Kant defiende un retributivismo aún más fuerte en la *Metafísica de las Costumbres*, cuando muestra su desacuerdo con la posibilidad de exonerar de un castigo a un criminal que esté dispuesto a someterse a experimentos que puedan generar beneficios para la comunidad: “¿Qué debemos pensar, pues, de la propuesta de conservar la vida a un criminal condenado a muerte, si se prestara a someterse a experimentos de por sí peligrosos y fuera tan afortunado que saliera bien librado, con lo cual los médicos obtendrían nueva información, provechosa para la comunidad? Un tribunal rechazaría con desprecio al colegio médico que hiciera esta propuesta, porque la justicia deja de serlo cuando se entrega por algún precio” (Kant: 167). Con lo cual el retributivismo defendido por Kant no sólo exigiría que se castigue a los culpables, sino que la pena que se le imponga a éstos sea proporcional a la gravedad de la conducta punible desplegada.<sup>19</sup>

Lo anterior es aún más claro cuando dice: “Pero ¿cuál es el tipo y el grado de castigo que la justicia pública adopta como principio y como patrón? Ninguno más que principio de igualdad (en la posición del fiel de la balanza de la justicia): no inclinarse más hacia un lado que hacia otro. Por tanto, cualquier daño inmerecido que ocasionas a otro en el pueblo, te lo haces a ti mismo. Si le injurias te injurias a ti mismo; si le pegas, te pegas a ti mismo; si le matas, te matas a ti mismo (Kant: 167 *Metafísica*)”.

Para Kant, lo contrario al derecho (por ejemplo el delito) “es un obstáculo o una resistencia a la libertad” (Kant: 40). La pena está justificada en tanto obstaculiza esa restricción de la libertad, se le opone y evita que se materialice (Kant: 40).<sup>20</sup> Por lo anterior, un castigo desproporcionado aún cuando pudiera ser más eficaz,

18 “This is a weak form of retributivism, something to which even utilitarians have committed. Rule-utilitarians argue that while the practice of legal punishment is justified on utilitarian grounds, the practice itself is constituted in part by a rule that we may punish only the guilty. A practice which allowed punishment of the innocent would not be socially useful (Tunick: 68)”.

19 “Kant is saying here not just that we may punish only the guilty but that when we punish the guilty we must give them exactly the punishment they deserve, no more and no less. I shall call this the “strong negative retributive principle” (Tunick: 69)”. En el mismo sentido, Sharon Byrd expresa que: “Justice in the execution of punishment demands both that the actor be guilty of the offense charged and that if he is guilty the punishment be executed as threatened. The reason for executing a threatened punishment must be the commission of the crime and not other social goal (Byrd: 196)”.

20 “Ahora bien, todo lo contrario al derecho (*unrecht*) es un obstáculo a la libertad según leyes universales: pero la coacción es un obstáculo o una resistencia a la libertad. Por tanto, si un determinado uso de la libertad misma es un obstáculo a la libertad según leyes universales (es decir, contrario al derecho (*unrecht*)), entonces la coacción que se le opone, en tanto que obstáculo frente a lo que obstaculiza la libertad, concuerda con la libertad según leyes universales; es decir, es conforme al derecho... (Kant: 40 *Metafísica*)”.



constituiría un obstáculo superior a la restricción causada con la comisión de un delito, constituyéndose el castigo en sí mismo en una represión ilegítima de la libertad exterior del delincuente.<sup>21</sup>

Cuando se le va a imponer una pena a un individuo, el interés de la sociedad ya no es el de prevenir el crimen y desincentivar la comisión de delitos (justificación general del castigo), sino el de darle al delincuente un tratamiento justo, porque para Kant ningún objetivo social tiene mayor valor que el individuo en sí mismo. “La pena judicial...no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo porque ha delinquido, porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real (*Sachenrecht*); frente a esto le protege su personalidad innata” (Kant: 166 Metafísica).

En el instante en el que un individuo delinque vulnera las leyes públicas de un Estado. Por ello puede perder su personalidad civil, es decir, perder su ciudadanía, pero el individuo conservará siempre su personalidad innata (que es anterior a la constitución del Estado civil), la cual lo protege de ser utilizado como un simple objeto para alcanzar beneficios sociales. No obstante haber delinquido, el individuo mantiene su integridad como agente moral.<sup>22</sup>

¿Puede el retributivismo “débil” que aquí proponemos, ser conciliado con el principio general sostenido por Kant de que el hombre no puede ser utilizado nunca sólo como un medio sino siempre también como un fin?

Veamos pues que dice el imperativo categórico en su segunda redacción: “Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio (Kant: 116 Fundamentación)”. Pero en la lectura que aquí se expone de la teoría de la pena en Kant, al hombre no se le estaría utilizando sólo como un medio para controlar el crimen y disuadir a la ciudadanía de la comisión de delitos, sino que el objetivo propuesto se alcanzaría respetando su autonomía y dignidad como

---

21 “An excessive threat of punishment may be very effective, but not only would be a hindrance greater than the hindrance to freedom represented by the offense and thereby itself a hindrance to freedom, but its execution would be unjust to the individual actor (Byrd: 193)”.

22 “Again any advantage that could be gained for society generally, such as using the guilty for medical experimentation, cannot be a consideration when deciding upon the just treatment for the individual. The individual as a moral agent retains his integrity and infinite value even though he may lose the right to remain a member of civil society (Byrd 197)”.

persona, con lo cual se estaría respetando el postulado de actuar siempre teniendo a la humanidad como un fin.

## V

Hemos dicho que la justificación general de la pena en una teoría retributiva “débil”, es la de controlar el crimen y desincentivar a los ciudadanos de cometer actos delictivos. También hemos afirmado que el carácter retributivo que tiene la pena en Kant, viene dado por los límites que debe observar el Estado en el momento de castigar a un individuo. Una pena sólo puede ser impuesta a un ciudadano porque éste ha cometido un delito, y la extensión del castigo debe ser proporcional a la gravedad de la infracción desplegada.

Sin embargo, vale preguntarse de dónde surge el derecho del Estado de castigar a un individuo con el propósito de disuadir a otros de que no imiten sus acciones. Dicho de otra forma, porque la imposición de la pena no afectaría la dignidad humana y la autonomía del individuo (delincuente).

El delincuente no puede afirmar que se le ha impuesto la pena en forma injusta, porque él consintió sobre su propio castigo cuando estuvo de acuerdo en las reglas que habrían de gobernar las relaciones recíprocas entre los hombres. El delincuente se beneficia de los actos ceñidos a la ley que otros ciudadanos despliegan, razón por la cual la ventaja que obtiene contrariando el sistema legal debe desaparecer y contrarrestarse con la imposición de la pena.<sup>23</sup> Si un ciudadano deriva beneficios de las leyes públicas acordadas con otros ciudadanos, le debe obediencia a quienes entraron con él en un Estado civil, y a quienes sacrifican parte de su libertad con miras a mantener el orden social y proteger los derechos de las personas (Murphy: 228).<sup>24</sup>

Pero, teniendo en cuenta que los criminales casi nunca estarían de acuerdo con ser castigados y reprendidos, ¿qué significa entonces que los delincuentes hayan consentido sobre su propio castigo? Respetar la autonomía y la dignidad hu-

23 *“Punishment, is not, in this view, a matter of injuring people because it is useful to us but of dealing with them in the way they deserve to be dealt with. The question for the retributivist is not: what will be the most advantageous way of disposing of this criminal? Rather it is: what is the just way to treat one of our fellow citizens who has willfully taken unjust advantage of the rest of us? (Gerstein: 77)”*.

24 *“The criminal himself has no complaint, because he has rationally consented to or willed his own punishment. That is, those very rules which he has broken work, when they are obeyed by others, to his own advantage as a citizen. He would have chosen such rules for himself and others in the original position of choice. And, since he derives and voluntarily accepts benefits from their operation, he owes obedience as a debt to his fellow-citizens for their sacrifices in maintaining them (Murphy: 228)”*.

mana de una persona, no equivale a satisfacer sus inclinaciones e instintos más primarios, ni tampoco consiste en saciar sus deseos inmediatos. A una persona se le respeta cuando se le trata como un hombre racional. Y un hombre racional rechazaría cualquier ley pública o comportamiento exterior que le diera una ventaja injustificada en el mundo fenoménico, sobre todo si con la materialización de esa ventaja, se restringe el grado de libertad exterior a la que tienen derecho otros hombres (Murphy: 229-230).<sup>25</sup> Para Kant, un hombre es realmente autónomo y libre sólo cuando es racional. Y es por eso que sólo la voluntad racional es digna de ser respetada.<sup>26</sup>

En la lectura de Jeffrey Murphy, una persona sólo quiere y desea X en forma racional, si desde el momento de escoger las normas que han de regular las relaciones recíprocas entre los hombres, admite a X como una regla necesaria que debe ser observada y obedecida por todos.

En el momento inicial, en el que se deciden las leyes coactivas públicas que han de regular las relaciones entre los hombres en el Estado civil, no es posible que la naturaleza humana establezca reglas injustas, ni que éstas sean producto de un mero cálculo racional, por cuanto los hombres no saben si las reglas que se adopten serán ventajosas o perjudiciales para sus intereses personales. Puede decirse entonces, que los hombres han consentido en la imposición de su propio castigo, cuando al escoger las normas que regularían las relaciones entre ellos, decidieron que la institución de la pena era la forma más adecuada y racional de responder a ciertas conductas contrarias al derecho (Murphy: 230).<sup>27</sup>

---

25 *“Respecting a man’s autonomy, at least on one view, is not respecting what now happens, however uncritically, to desire; rather it is to respect what he desires (or would desire) as a rational man... A rational man would object, and thus would never consent to, a practice where another might derive a benefit from a position at his expense (Murphy: 229-230)”.*

26 *“Now...on Kant’s... view a man is genuinely free or autonomous only in so far as he is rational. Thus it is man’s rational will that is to be respected (Murphy: 230)”.*

27 *“Thus I can be said to will my own punishment if, in an antecedent position of choice, I and my fellows would have chosen institutions of punishment as the most rational means of dealing with those who might break the other generally beneficial social rules that had been adopted (Murphy: 230)”.*

Don Scheid, en una línea de argumentación distinta, sostiene que al individuo cuando se le impone una pena no se le viola su autonomía ni dignidad: *“Kant recognizes that the individual cannot directly will his own punishment, for by definition punishment is the imposition of something unwanted...But the individual can will his punishment indirectly...In other words, although an individual cannot directly will or choose some outcome he does not want, he can choose something that has unwanted consequence attached to it. In this sense, then the criminal chooses to be punished: in committing his crime, he voluntarily puts himself in a position where he knows unwanted consequences (punishment) will or may result (Scheid: 276).*

Esta tesis encontraría respaldo en el siguiente pasaje de la *Metafísica de las Costumbres*: “Por tanto, cuando yo formulo una ley penal contra mí, como criminal, es la razón pura jurídico-legisladora en mí (*homo noumenon*) la que me somete a la ley penal a mí, como capaz de cometer crímenes, por consiguiente, como otra persona (*homo phaenomenon*) junto con todas las demás en una asociación civil (Kant: 171 *Metafísica*)”. El individuo, en uso de su razón pura jurídico-legisladora, determina cuáles deben ser las leyes penales en una asociación civil, es decir, qué se considera como delito, a la vez que se sitúa como posible destinatario de esas leyes, por ser sujeto capaz de desplegar en el mundo fenoménico las conductas prohibidas por el derecho penal.<sup>28</sup>

El individuo que delinque ha tenido previamente la posibilidad de decidir qué es delito, y es por eso que cuando comete una conducta prohibida no es necesario contar con su consentimiento para imponerle un castigo. En palabras de Kant, “Yo, como colegislador que decreta la ley penal, no puedo ser la misma persona, que como súbdito, es castigada según la ley; porque como tal, es decir, como criminal, no puedo tener un voto en la legislación (el legislador es santo)” (Kant: 171 *Metafísica*).

En caso de que fuera necesario contar con la voluntad del delincuente para poderlo castigar, el individuo que transgrede la ley penal no sólo participaría como colegislador en la determinación de las conductas punibles, sino que en la práctica se convertiría en su propio juez, porque al ser necesario su consentimiento para imponerle una pena, el criminal tendría el mismo que considerarse como digno de castigo. Kant, en relación con este punto expresa lo siguiente: “Porque si a la facultad de castigar tuviera que subyacer la promesa del criminal de *querer* dejarse castigar, a él tendría también que encomendarse la tarea de considerarse digno de castigo y el criminal sería su propio juez (Kant: 172 *Metafísica*)”.

Para Kant, quienes sostienen que la pena afecta la autonomía y la dignidad del individuo cometen un error en su argumentación: confunden el juicio de la razón pura que ha hecho el criminal al estar de acuerdo con ser castigado y perder su vida, con la voluntad (práctica que se expresa en el mundo fenoménico) de querer quitársela a sí mismo. Con lo cual mezclan dos cosas distintas: la expedición de la ley penal, de la cual participa todo ciudadano, con el juicio jurídico que un tercero

---

28 “Let us take an analogous example: I may not, in our actual society, desire to treat a certain person fairly—e.g., I may not desire to honor a contract I have made with him because so doing would adversely affect my own self-interest. However; if I am forced to honor the contract by the state, I cannot charge (i) that the state has no right to do this, or (ii) that my rights or dignity are being violated by my being coerced into doing it. Indeed, it can be said that I rationally will it since, in the original position, I would have chosen rules of justice (rather than rules of utility) and the principle, “contracts are to be honored,” follows from the rules of justice (Murphy: 230-231)”.

(llamado juez) debe hacer de las conductas desplegadas en el mundo fenoménico. Dice Kant: “El punto clave del error de este sofisma es el siguiente: que el propio juicio del criminal de tener que perder la vida (que ha de atribuirse necesariamente a su razón) se considera como una decisión de la voluntad de quitársela a sí mismo, y de este modo se representan como unidos en una y la misma persona la ejecución y el juicio jurídicos (Kant: 172 *Metafísica*).

Además, la principal característica del Estado civil es que en éste, a los ciudadanos con base en las leyes públicas se le determina “legalmente y se le atribuya desde un poder suficiente (que no sea el suyo, sino uno exterior) lo que debe ser reconocido como suyo... (Kant: 141 *Metafísica*)”. Lo que convierte al Estado de naturaleza en un estado sin derecho, es precisamente que cuando los derechos son controvertidos, no hay un juez competente para dictar una sentencia con fuerza legal.<sup>29</sup>

Si con el tránsito al estado jurídico (civil), los hombres y pueblos pueden estar seguros de sus derechos subjetivos, porque éstos ya no dependen de la opinión de otros, sino que cualquier controversia sobre ellos es definida por un juez de acuerdo con las leyes jurídicas externas, no se entendería porque la decisión de imponer una pena a un delincuente estaría sujeta a su consentimiento, y no a la valoración jurídica que haga el juez de la conducta desplegada. Kant expresa en relación con este punto que, “no es pueblo (cada individuo en el mismo) quien dicta la condena de muerte, sino el tribunal (la justicia pública), por tanto, otro distinto del criminal, y en el contrato social no está contenida en modo alguno la promesa de permitir ser castigado, disponiendo así de sí mismo y de la propia vida (Kant: 172 *Metafísica*)”.

## CONCLUSIONES

A lo largo de este artículo, hemos sostenido que los planteamientos que Kant hace en relación con la pena en *Lecciones de Ética, Teoría y Práctica*, y en la *Metafísica de las Costumbres* podrían encuadrarse en una teoría retributiva “débil” del castigo legal. En esta versión del retributivismo, la pena se justifica en la necesidad de prevenir y disuadir a la ciudadanía de cometer actos (criminales) contrarios a las leyes penales. Pero en el momento de la imposición del castigo, el Estado sólo puede tener en cuenta para su individualización el que se haya (i) cometido un

---

29 “...pero era en verdad un estado sin derecho (*status iustitia vacuus*), en el cual, cuando el derecho era controvertido (*ius controversum*), no se encontraba juez competente alguno para dictar una sentencia con fuerza legal (Kant: 141 *Metafísica*)”.

delito, y el (ii) grado de afectación de la libertad exterior que con él se genere, para determinar cuál debe ser la extensión de la pena.

La tesis que aquí se expone está respaldada en los siguientes argumentos:

Primero, el objetivo del Estado civil es el de garantizar las condiciones materiales bajo las cuales los deberes externos y las leyes de propiedad provenientes del estado de naturaleza han de realizarse. Esto se logra mediante la expedición de leyes públicas que atribuyen a cada quien lo que es suyo, a la vez que buscan protegerlo de una usurpación por parte de cualquier otro.

En Kant, el objetivo principal de toda organización política es el de garantizar a cada ciudadano su libertad individual, y la pena sólo contribuye a la realización del máximo grado de libertad posible, si con ella se consigue disuadir a las personas de cometer actos criminales. De no ser así, el peligro que gravitaría sobre los derechos subjetivos de los ciudadanos sería de tal magnitud que nada sería distinto al estado de naturaleza.

Además, para Kant sólo se tiene la propiedad legal sobre un objeto, cuando sin importar si alguien lo posee físicamente, las demás personas tienen la obligación externa de abstenerse de utilizarlo. Y esta obligación externa sólo existirá para los ciudadanos en un Estado civil que mediante la coacción desincentive comportamientos contrarios a las leyes de propiedad.

Segundo, aún cuando la lectura que se expone en este artículo es incompatible con la concepción de la moral en Kant, la interpretación resulta plausible si se le mira desde la esfera del derecho. Como en el terreno de la moral, una acción sólo es ética si ésta se despliega por deber, teniendo como guía los dictados de la razón, es consecuente con lo anterior que para juzgarla como buena o mala no se tengan en cuenta los efectos (positivos o negativos) que haya desencadenado en el mundo exterior.

Pero al derecho, por ocuparse de la libertad exterior, le interesa conciliar los diferentes intereses (muchas veces contrapuestos) de los individuos, que se realizan y materializan en el mundo fenoménico. Y para armonizar ese cúmulo de propósitos particulares, cuando se infringen las leyes públicas penales, el Estado puede imponer la pena que garantice a cada individuo el máximo grado de libertad, que bien puede ser aquella que desincentive a otros a imitar la conducta desplegada, o la que mejor proteja los derechos subjetivos de los ciudadanos.

Sin importar que la justificación general del castigo sea la de controlar el crimen y disuadir a los ciudadanos de cometer actos contrarios al derecho penal, cuando se imponga la pena a un individuo, éste debe ser “digno de castigo”, es decir, ha debido

transgredir las leyes públicas penales, y la pena impuesta debe ser proporcional a la gravedad de la conducta punible desplegada.

La pena está justificada porque es un obstáculo a la restricción de la libertad ocasionada por el delincuente con sus actos. De ser la pena mayor que la restricción (el delito), aquella se constituiría en una represión ilegítima de la libertad exterior del delincuente. En el momento de individualizar la pena, el interés de la sociedad ya no es el de prevenir el crimen y desincentivar el delito, sino el de darle al delincuente lo que se merece, porque para Kant ningún objetivo social tiene tener mayor valor que el individuo en sí mismo.

Para Kant, la imposición de la pena no viola la autonomía y dignidad del individuo por cuanto el criminal consintió sobre su propio castigo, cuando estuvo de acuerdo con las reglas que en su comunidad política habrían de regir las relaciones entre los hombres.

Los ciudadanos, al momento de constituir el Estado civil, decidieron que la pena era la forma más adecuada y racional de contrarrestar ciertas conductas contrarias a las leyes públicas. Si tuviera que preguntársele al individuo que delinque, si está de acuerdo con ser castigado, el criminal como ciudadano legislador no sólo habría tenido un voto en la expedición de las leyes penales, sino que se convertiría en su propio juez, porque sería él mismo quien valoraría si su conducta es contraria al derecho penal, lo cual en un Estado jurídico es claramente inaceptable.

A un criminal se le respeta como persona cuando se le trata como un hombre racional, es decir, cuando se le impone un castigo sin tener en cuenta sus inclinaciones y deseos inmediatos: un hombre racional rechazaría cualquier acción externa que le diera una ventaja injusta en el mundo fenoménico; no estaría de acuerdo con ningún acto que restringiera la libertad exterior de otras personas. Y es por eso que si al delincuente se le respeta su autonomía y dignidad debe dársele lo que merece por sus actos: un castigo por apartarse de las leyes penales.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **LIBROS**

KANT, Immanuel. *La Metafísica de las Costumbres*. Madrid: Tecnos, 2005.

KANT, Immanuel. *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. Madrid: Alianza Editorial, 2006.

KANT, Immanuel. Lecciones de ética. Barcelona: Crítica, 2008.

KANT, Immanuel. Teoría y Práctica. Madrid: Tecnos, 2002.

## ARTÍCULOS

BENN, S.I., "Punishment". The Encyclopedia of Philosophy, 7 (1967).

BYRD, B. Byrd, "Kant's Theory of Punishment: deterrence in its Threat, Retribution in its Execution". Law and Philosophy. 8 (1989): 151- 200.

FLETCHER, George P., "Law and Morality: A Kantian Perspective". Columbia Law Review, 87 (1987): 533-558.

GERSTEIN, Robert, "Cruel and Unusual? A Retributivist Response". Ethics, 85.1 (1974): 75-79.

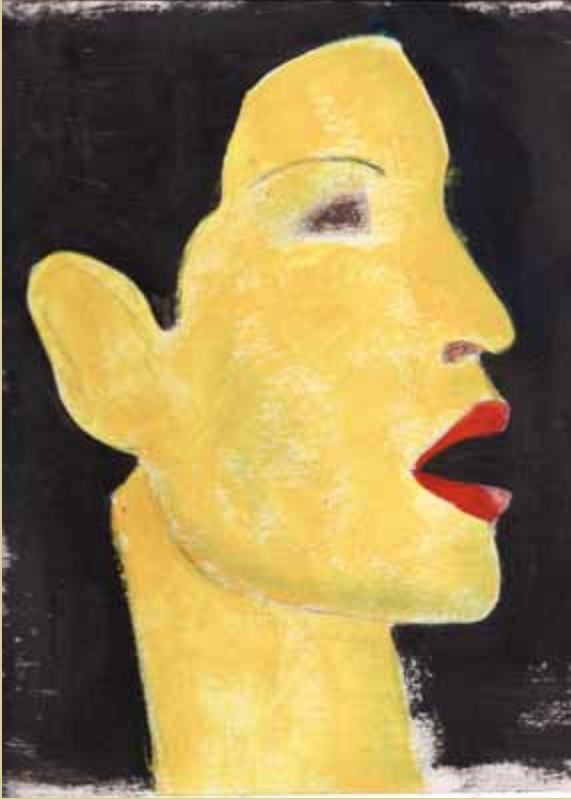
HODGES, Donald Clark, "Punishment". Philosophy and Phenomenological Research, 18 (1957): 209-218.

MURPHY, Jeffrey, "Marxism and Retribution". Philosophy and Public Affairs, 2.3 (1973): 217-243.

SCHEID, Don E. "Kant's Retributivism". Ethics. 93 (1983): 262-282.

TUNICK, Mark. "Is Kant a retributivist?". History of Political Thought. 17 (1996): 60-78.





Autora: Adriana Botero Martínez

Título: Billie holiday

Técnica: Acrílicos sobre cartón  
con intervención digital

Dimensión: 22 x 25

Año: 2007

## ***EL DIÁLOGO Y LA CONCERTACION SOCIAL\****

---

\* El artículo es producto del proyecto de investigación denominado "Incidencia del sindicalismo de confrontación en el ejercicio del Derecho de Asociación Sindical en Colombia entre el año 2000 y el año 2008". Dicho artículo es resultado del informe final de investigación del proyecto el cual finalizó en Diciembre de 2010.

Fecha de recepción: agosto 6 de 2010

Fecha de aprobación: octubre 5 de 2010

## EL DIÁLOGO Y LA CONCERTACIÓN SOCIAL

*Julio Armando Rodríguez Ortega\*\**

### RESUMEN

Este informe de investigación da cuenta de la observación realizada a través de fuentes directas e indirectas en distintos países donde se ha intentado **el Diálogo y la Concertación social**, como forma de asumir los grandes problemas sociales y laborales a través de métodos no convencionales de negociación. Se ha tomado información de los observatorios laborales y sociales y de la experiencia de Diálogo social en varios países. Este Informe se refiere en forma general a la viabilidad del diálogo social, sus componentes y las posibilidades de su utilización como un método alternativo de involucrar los actores sociales, para enfrentar los efectos derivados de la globalización económica, social y política. Las conclusiones presentan los resultados de esta aproximación a la problemática social y laboral en la era de la Globalización

**Palabras clave:** Diálogo social. Concertación social. Actores sociales. Relaciones Laborales. Globalización. Problemas Sociales. Sociedad Civil.

## DIALOGUE AND SOCIAL AGREEMENT

### ABSTRACT

This investigation's inform accounts of the observation made through direct and indirect sources in different countries where have been tried **Dialogue and Social Agreement**, how a form to take, the big social and working problems by means of not conventional methods of negotiation. It has taken information from the workers and social observatories and from the experience of social Dialogue in many countries. This inform is referred in general to the viability of the social dialogue, its components and the possibilities of its utilization how a alternative method to involves the social actors to confronts the effects derivative of the economic, social and politic globalization. The conclusions present the result of this approximation to the social and working problematic in the age of the Globalization.

**Keywords:** Social Dialogue, social Agreement, social actors, working relationship, globalization, social problems, civil society.

---

\*\* Docente investigador de derecho Laboral en la Universidad Manuela Beltrán. Bogotá Colombia.

# EL DIÁLOGO Y LA CONCERTACIÓN SOCIAL

## INTRODUCCIÓN

De nuevo está tomando protagonismo EL DIÁLOGO SOCIAL, como un enfoque útil para afrontar los graves problemas derivados de la globalización de la economía y se analizan sus distintos componentes, con un objetivo metodológico de capacitación para el diálogo, pues se ha identificado últimamente como un medio para afirmar y consolidar el proceso y contenido de la negociación en el ámbito social y político. Foros mundiales de distinta índole, tanto de los países industrializados, como los foros sociales paralelos, pretenden alcanzar acuerdos, para lograr no solo la justicia social en el mundo, sino la disminución de la pobreza y el hambre, mediante acuerdos globales concertados. ¿Cuál puede ser el impacto del diálogo social y de la concertación en las actuales relaciones laborales?<sup>1</sup>

El Diálogo social ha tenido especial protagonismo en Italia, España México Chile y otros países en los cuales a través del Centro Internacional de formación de la OIT, se ha trabajado bajo su denominación de pacto social, para la estabilidad y el crecimiento económico, manejando variables, como la estabilidad, la competitividad y el empleo, en aras de alcanzar el bienestar, el crecimiento y la recuperación económica. En este contexto se muestra la necesidad de una actitud proclive a la cooperación participativa, que facilite nuevos mecanismos de concertación, logrando compromisos más amplios y profundos de los diversos grupos que integran la sociedad civil y el gobierno. En Chile se han logrado acuerdos sectoriales y acuerdos políticos en los que se valora críticamente la importancia del diálogo social, sus límites y sus posibilidades.

La OIT ha insistido en un diálogo social renovado y considera que el diálogo social viene a ser la esencia de esta importante institución y la razón de ser de su creación. Se insiste en que el diálogo social es hoy diferente, nuevo y original porque su contexto ha cambiado y porque se abren nuevos niveles de diálogo, con nuevas estrategias en los actores sociales y en los gobiernos frente a los nuevos escenarios, resultantes y frente al triple proceso de globalización, privatización y aparición

---

1 PIAZZE Ada. Diálogo social en América Latina: un camino hacia la democracia ciudadana. Inter.American Development, 2005 pág. 72

de nuevos contenidos en la agenda del diálogo social. Igualmente se resaltan los cambios que se han producido en los actores sociales, como instrumento para potenciar el protagonismo de la sociedad civil<sup>2</sup>.

### ASPECTOS CONCEPTUALES.

Se entiende por **diálogo social** en sentido estricto, el conjunto de las relaciones de comunicación, consulta y negociación entre gobiernos, empleadores y sindicatos sobre cuestiones de interés común. En sentido amplio el término “**diálogo social**” se utiliza para referirse a un tipo de relaciones horizontales entre el Estado y las organizaciones de la sociedad civil empresas, sindicatos, asociaciones, grupos, comunidades, etc. con el fin de abordar conjuntamente los problemas sociales y contribuir a elaborar soluciones fundadas en el consenso, que van más allá de la simple normatividad existente.

En este sentido se considera el término **diálogo social** como el género referido a todas las acciones de relación horizontal, bilateral, trilateral o multilateral, entre los actores sociales incluido el Estado. En este sentido, por ejemplo, la concertación social alude al diálogo social tripartito entre el gobierno, los empleadores y los sindicatos, mientras que negociación colectiva denomina el diálogo social bipartito entre empleadores y trabajadores. El diálogo social es un fin en sí mismo, constituye además un medio para la consolidación de la democracia y la formulación, ejecución y supervisión de políticas, estrategias y programas sostenibles. El diálogo social se produce en distintos ámbitos. A escala nacional, está presente en los pactos sociales y en los acuerdos bipartitos y tripartitos. Nuestros cursos a medida analizan las mejores prácticas en esas áreas.<sup>3</sup>

El diálogo social es, a la vez, un medio y un fin. Es un medio, porque es un mecanismo que permite y obliga a todos los actores sociales a tomar posición frente a los temas centrales del país. Es un fin, porque la mayor participación es, quizá, el instrumento más idóneo para asegurar una mayor equidad en la distribución de los beneficios que se generan como resultado del proceso del diálogo. Existe bastante cercanía entre el diálogo social y el diálogo político, pero son dos ámbitos diferentes. Los conflictos se pueden resolver de una manera no confrontacional. Con ello, se

---

2 PACHECO, Martha Elena, CARBONELL, Rafael. La experiencia reciente del diálogo social en Colombia. EN: *Diálogo y concertación Social. COLOQUIO TRIPARTITO DE BOGOTÁ*. 1997

3 BUEN L., Néstor de. Concertación social, reconversión y empleo. \_ México: Porrúa, 1998.

establece un estilo y se profundizan los principios democráticos, pero sin remplazar a los órganos que tienen responsabilidad principal de dirigir los conflictos políticos.<sup>4</sup>

En la interlocución con los actores sociales, el diálogo social es una expresión relativamente nueva y flexible cuyo significado no es unívoco, dada la gran variedad de experiencias que se han desarrollado sobre este tema y que han determinado diferentes definiciones que, aunque tengan sentidos muy próximos, mantienen contornos poco definidos. El diálogo social se basa necesariamente en actitudes de cooperación. La negociación colectiva tiene por objeto asuntos específicos, tales como el salario y las condiciones de trabajo sobre los que las partes tienen el poder de negociar y de llegar a acuerdos vinculantes que, según los diferentes sistemas, tendrán el valor de normas convencionales o legales. Por el contrario **el diálogo social** se maneja más a escala nacional o a escala internacional y se centra en el seguimiento de los acuerdos-marco internacionales entre multinacionales y organizaciones sindicales mundiales. También se trabaja para integrar el diálogo social en áreas tales como: las políticas de empleo la protección social la reforma de la legislación laboral la igualdad de oportunidades la salud y seguridad en el trabajo los métodos de negociación las actividades sectoriales la reforma del sector público.<sup>5</sup>

La temática del Diálogo Social y las Relaciones Laborales persiste en constituir un eje fundamental de las políticas laborales tendientes a la creación de trabajo decente, de acuerdo con la formulación del Director General de la OIT, Juan Somavía, a partir de su Memoria en la 87ª reunión de la Conferencia. La expresión ha tenido un desarrollo interesante, llegando a incorporarse a los mismos textos legislativos de algunos países, lo que habla de su rápida aceptación como nuevo paradigma que sintetiza los principios consagrados en la misma Constitución de la OIT.<sup>6</sup>

El diálogo social ha abierto diversas perspectivas para el entendimiento de los actores del mundo del trabajo, en un contexto marcado por los cambios y la incertidumbre. Una de las oportunidades generadas con este nuevo impulso hacia la participación lo constituye la reflexión generada en los ámbitos universitarios, que han visto en la voz “diálogo social” no sólo un campo propicio para el análisis teórico, sino también un medio para transitar la compleja evolución de los sistemas de relaciones laborales en tiempos de globalización y avance tecnológico Una de

---

4 GONZÁLEZ, Basilio. La experiencia reciente del diálogo social en México. *EN: Diálogo y concertación Social. COLOQUIO TRIPARTITO DE BOGOTÁ*. 1997

5 ADA PIAZZE, NICOLÁS FLAÑO CALDERÓN. Diálogo social en América Latina: un camino hacia la democracia ciudadana. *Inter.American Development*, 2005 pág. 72

6 BUEN L., Néstor de. *Concertación social, reconversión y empleo*. \_ México: Porrúa, 1998.

las iniciativas más fecundas en este aspecto ha sido la Red Académica para el Diálogo Social, conformada por la propia OIT y un selecto grupo de universidades de América Latina, Italia y España, en el marco de la cual se han desarrollado diversas actividades de intercambio, promoción, actualización y otras acciones de estímulo a estudiantes, egresados y jóvenes investigadores sobre el tema.

Los trabajos que se han realizado parten de metodologías y enfoques diversos, aunque es posible apreciar, la atención preferente que ha merecido la reinstitucionalización de los Consejos de Salarios y su efecto en el diálogo social, así como otras iniciativas recientes como la convocatoria al tripartismo en el ámbito del trabajo rural y la aprobación de la ley de promoción y protección a la actividad sindical. De este modo, los trabajos dan cuenta de la dinámica de las relaciones laborales sin desatender el esfuerzo por el encuadramiento teórico del problema.<sup>7</sup>

El diálogo social está apoyado sobre la idea de que, en determinados casos, para una sociedad es más beneficioso que el Estado abandone su estatus de superioridad sobre las organizaciones de la sociedad, para comportarse como un actor social más, en el mismo nivel que el resto, con el fin de negociar y alcanzar un consenso compartido entre los diferentes actores sociales, incluido el Estado. De este modo los actores sociales y el propio Estado quedan obligados, no por una ley del Estado sino por un pacto social.

Esta actividad negocial y contractual del Estado, como actor social, se ha denominado “concertación social”. El diálogo social está inspirado en las nuevas teorías sobre el conflicto y la negociación desarrolladas a partir de la Segunda Guerra Mundial, y que implica más que la negociación y el acuerdo, aunque los supone, un entorno comunicativo y deliberativo libre en el que los “actores” sociales pueden conocerse, confiar mutuamente, acostumbrarse a compartir información y consultarse. El diálogo social presupone un proceso de toma de decisiones no autoritario, abierto, público y compartido, y sujeto a crítica, en un entorno en el que los actores, los grupos, las partes, no actúan sin comunicarse previamente con los demás en cuestiones que puedan afectarlos.<sup>8</sup>

La base del diálogo social es la información que los distintos actores sociales se proveen mutuamente, así como la consulta con los interlocutores previa a la realización de actos que pudieran afectarlos. Obtener información de los actores sociales y de ser consultado por ellos es un derecho básico de todos los participan-

---

7 ADA PIAZZE, NICOLÁS FLAÑO CALDERÓN. Diálogo social en América Latina: un camino hacia la democracia ciudadana. Inter.American Development, 2005 pág. 72

8 PACHECO, Martha Elena, CARBONELL, Rafael. La experiencia reciente del diálogo social en Colombia. EN: *Diálogo y concertación Social. COLOQUIO TRIPARTITO DE BOGOTÁ*. 1997

tes. La expansión del diálogo social en la vida política luego de la Segunda Guerra Mundial ha llevado a la creación de organismos específicos creados a tal efecto. El organismo típico del diálogo social es el consejo económico social, que adopta diferentes composiciones tripartitas o multipartitas según países y regiones. Los organismos de diálogo social suelen tener funciones consultivas, reservándose el Estado la posibilidad de una decisión impuesta en caso de conflicto.

El diálogo social es el mecanismo básico de la llamada democracia participativa. Esta última concibe la democracia como un mecanismo de participación directa de las diversas organizaciones de la sociedad en la toma de decisiones, mediante mecanismos de diálogo social y consenso. Para implementar esta participación los países u organizaciones que han incorporado principios de democracia participativa, organizan *consejos participativos*, en los que actúan los diversos grupos de interés, intercambiando información y estableciendo acuerdos concertados.<sup>9</sup>

En diversos documentos internacionales se pone énfasis en el diálogo social. En la declaración sobre el progreso y el desarrollo social se postula el diálogo social de todos los elementos de la sociedad, individualmente o por medio de asociaciones, en la definición y la realización de los objetivos comunes del desarrollo dentro del pleno respeto por las libertades fundamentales, consagradas por la Declaración Universal de Derechos Humanos art. 5º.c. En el programa de acción de la Conferencia Mundial del Empleo se estableció que “una política orientada hacia la satisfacción de necesidades esenciales supone la participación de la población en las decisiones que la afectan a través de las organizaciones libremente elegidas por ella.

Si, en general, el diálogo social constituye una de las ideas fundamentales del derecho del trabajo contemporáneo, y equivale a la democracia, en el sentido de igualación, en lo que a Diálogo Social se refiere, se concreta en la aspiración de tomar parte igualitariamente en las decisiones políticas, democracia política, en las oportunidades en la cultura democracia cultural, y en la riqueza y en las decisiones “que condicionan los mercados, los precios, los planes de desarrollo” democracia económica. Esto indica el contenido tan variado que puede tener el Diálogo Social. En lo que hace al desarrollo, en general se trata del diálogo social del pueblo en la selección de su propio estilo de vida individual y colectiva y, en particular, el diálogo social en la formulación de decisiones, en la aplicación de los programas de desarrollo y en la obtención de beneficios.<sup>10</sup>

---

9 SEPÚLVEDA-MALBRÁN, Juan Manuel. El diálogo social en los países andinos: nuevo camino para los sindicatos? International Labour Organization, 2000. Pag 89

10 LEAL BUITRAGO, Francisco. En la encrucijada: Colombia en el siglo XXI. Colección Vitral. Editorial Norma 2006. Pag 235.

El diálogo social entonces resulta ser tanto un medio como un fin, según sea el nivel en que se la analice. Si de la estrategia política se trata, es indiscutiblemente un medio, toda vez que posibilita a una sociedad devenir en comunidad, mediante la interacción de sus miembros<sup>11</sup>. La idea de diálogo social no puede quedar en lo meramente utilitario, como una suerte de materia prima, sin respetar las exigencias de una auténtica participación humana, natural de toda la sociedad política, y por ello capaz de suscitar las virtudes propias de una real colaboración en la gestión de la cosa pública. Examinado desde el punto de vista de la teoría política, el diálogo social es un fin, es uno de los atributos que caracteriza al bien común, máximo objetivo que debe buscar toda sociedad política; cada población concreta, mediante la intervención activa, dinámica y creadora de sus miembros, que posibilita un hacer permanente y constante en función del bien colectivo.<sup>12</sup>

Dado que la sociedad moderna es un conjunto funcional extremadamente diversificado, no se puede entender el diálogo social únicamente bajo su forma global como una especie de participación inmediata de cada uno en el todo social sino que el diálogo social debe también diversificarse, según la multiplicidad de las relaciones sociales y de los modos de inserción de cada uno en el conjunto. Las entidades mediadoras del diálogo social deben ser suficientemente representativas y los mecanismos del diálogo social, ser el resultado de un examen realista de los hechos, para que resulten factibles. Gradualmente en la sociedad contemporánea se han ido elaborando mecanismos de consulta y de colaboración, más o menos eficientes, entre el Estado y diversas entidades representativas de todos los sectores.

Donde más opera el diálogo es en la formulación de las políticas sociales y laborales, es decir en el conjunto de medidas que adopta el Estado en relación con el trabajo y con los trabajadores, orientados al progreso y al desarrollo social. La garantía del derecho al trabajo y el derecho de los trabajadores a establecer sindicatos y asociaciones, a negociar en forma colectiva, el fomento del pleno empleo y del empleo productivo, el establecimiento de condiciones justas de trabajo y favorables para todos y en general el mejoramiento de las condiciones de salud y seguridad en el trabajo.

El diálogo social es un mecanismo de participación en los procesos de adopción y aplicación de decisiones en el nivel macro social. Algunos autores lo conciben como expresión de un neocorporativismo o de un corporativismo negociado o de un

---

11 PACHECO, Martha Elena, CARBONELL, Rafael. La experiencia reciente del diálogo social en Colombia. EN: *Diálogo y concertación Social. COLOQUIO TRIPARTITO DE BOGOTÁ*. 1997

12 ADA PIAZZE, NICOLÁS FLAÑO CALDERÓN. Diálogo social en América Latina: un camino hacia la democracia ciudadana. Inter.American Development, 2005 pág. 72



pluralismo organizado. Tales aproximaciones doctrinarias se basan principalmente en las experiencias europeas de diálogo social. Pero el diálogo social más que un concepto es una práctica.<sup>13</sup>

Como práctica, el diálogo social, tiene evidentes connotaciones políticas, económicas, sociales y éticas, pues garantiza la gobernabilidad con políticas económicas que requieren sacrificios y postergan aspiraciones y reivindicaciones; permiten la identificación de equilibrios apropiados entre sectores intra-sectoriales movilizando su apoyo al logro de los objetivos del pacto, fortaleciendo sentimientos de solidaridad y de interdependencia, incluso respecto de sectores no participantes cuyos intereses, también, son considerados y atendidos.<sup>14</sup>

La naturaleza y propósitos del diálogo social y del pacto resultante, se fundamentan en el carácter pluralista de la sociedad para establecer con objetivos y plazos determinados, ciertos mecanismos de coexistencia entre la autonomía colectiva y la intervención del estado. Dependiendo de las materias y de las circunstancias, el diálogo social y el pacto tienden a determinar intercambios, encaminados a promover o fortalecer uno u otro extremo. El diálogo social y el pacto social no pretende eliminar el conflicto sino regularlo. No buscan la identificación de intereses, sino el compromiso de ellos en presencia de objetivos identificados como necesarios e impostergables.<sup>15</sup>

Los pactos o acuerdos sociales, pueden definirse como formas de diálogo social celebradas entre empresarios y sindicatos, con o sin la participación directa del Estado, de alcance nacional, mediante los cuales se fijan pautas, metas y proyecciones relacionadas con materias de orden social y laboral, general, con el apoyo decisivo de las autoridades gubernamentales que buscan en ellos un espacio propicio para cohesionar el sistema político y para lograr la paz laboral.<sup>16</sup>

En su sentido más general, los pactos sociales remiten a la idea del diálogo social que expresan un fenómeno más amplio de discusión entre las clases sociales y el Estado. El diálogo social así entendido, parte del supuesto de considerar la organización estatal como una entidad superior, lo que permite la actuación

- 
- 13 GONZÁLEZ, Basilio. La experiencia reciente del diálogo social en México. *EN: Diálogo y concertación Social. COLOQUIO TRIPARTITO DE BOGOTÁ*. 1997
  - 14 PACHECO, Martha Elena, CARBONELL, Rafael. La experiencia reciente del diálogo social en Colombia. *EN: Diálogo y concertación Social. COLOQUIO TRIPARTITO DE BOGOTÁ*. 1997
  - 15 DOS SANTOS, Mario. Concertación Social. Redistribución del Poder en Nueva Sociedad. No. 70. Págs. 6 y ss.
  - 16 GALLÓN, Gustavo. "Concertación Simple" Concertación ampliada. Centro de Estudios e investigaciones Populares Cinep Controversia. No. 105. Págs. 11 y ss.

arbitral y conciliadora del Estado frente a los intereses particulares de los sujetos de Contrato Social.<sup>17</sup>

Una actuación así, presupone la autonomización en la personalidad del Estado que se presenta como portador del “bien común” de la sociedad. Si antes se le consideraba como la “Encarnación de la racionalidad o como la realidad de la idea moral” en sus nuevas funciones, el Estado es visto como un “Conjunto estructurado de fuerzas e instrumentos de intervención que permite hacer frente a múltiples desequilibrios, al garantizar relaciones asimétricas entre los grupos sociales.”<sup>18</sup>

Vale la pena aclarar estos conceptos, pues la idea de los pactos sociales en que el poder estatal se presentara como vocero de los “intereses generales”, hace referencia más bien, a una negociación entre las clases sociales entre sí, en condiciones de subordinación y dependencia.<sup>19</sup> En un sentido sociológico más general, es usual considerar la extensión de los pactos sociales como una renovación de la democracia parlamentaria en los países industrializados. Esta supuesta ampliación democrática defendida especialmente por corrientes de opinión cercana a la socialdemocracia, estaría concentrada en la mayor representación de los actores sociales en la toma de decisiones sobre políticas de empleo, salario y seguridad social.<sup>20</sup>

Es cierto que la participación sindical en los niveles más altos de elaboración de la política económica es un desarrollo lógico de la co-gestión obrera de la sociedad capitalista, pero ello no significa necesariamente una real democratización en la toma de decisiones, que ya no se adoptan en los organismos parlamentarios propios del constitucionalismo sino en comisiones de carácter prominente o ad-hoc, como lo señala el profesor español García Pelayo, no pueden representar más intereses que los concretos en juego.<sup>21</sup>

No cabe la menor duda de que el Diálogo social tiene dificultades y limitaciones, particularmente en la época de la globalización y en la época de crisis y recesión económica, por la creciente atomización y fraccionamiento de los grupos sociales, determinada por la complejidad de la vida moderna e igualmente por el fenómeno de la pérdida de protagonismo que vive el movimiento sindical. La utilización del Diálogo social y la celebración de pactos sociales, implica aceptación de un

---

17 Esta ideología se encuentra presente entre varios autores sobre todo del Derecho Constitucional en García Pelayo, en su texto “Las transformaciones del Estado Contemporáneo” Pág. 51.

18 VICENT, Jean Marie. “El Estado en crisis” en la Revista Crítica de la Economía Política No. 4 México Pág. 4.

19 ALDER, Max. “La concepción del Estado en el Marxismo.” Siglo XXI México.

20 GARCÍA PELAYO. Op Cit. Pág. 79

21 *Ibidem*. Pág. 125

esquema de relaciones laborales sustentado en la colaboración entre las fuerzas del privilegio económico y las fuerzas del trabajo.<sup>22</sup> Estas dificultades se hacen aún más notorias por la concentración que las fuerzas sociales en ocasiones demuestran y por la dificultad de asegurar la armonía preestablecida entre el capital y el trabajo lo mismo que el propósito de diseñar un modelo de relaciones laborales fundado en la racionalidad económica, por fuera de esa conflictividad y tensión permanente, derivadas de la explotación de la fuerza de trabajo.

Los acuerdos sociales implican un nivel de negociación colectiva superior al ámbito de los convenios interprofesionales o de empresas. El resultado exitoso de los contratos sociales, está naturalmente determinado por el grado de organización y representatividad que las confederaciones sindicales firmantes tengan en el conjunto de los trabajadores.<sup>23</sup> Si los sindicatos que suscriben los pactos sociales son débiles o poco representativos, las metas económicas fijadas por consenso no se cumplirán. De allí que la celebración de los acuerdos se articule a la promoción de las afiliaciones sindicales y a la formación de un sindicalismo “maduro” y de cobertura nacional.<sup>24</sup> En los Estados Unidos, por ejemplo, con frecuencia se argumenta que la imposibilidad de celebrar los pactos obedece a la baja tasa de sindicalización de los trabajadores, que al igual de otros factores hace prácticamente imposible el cumplimiento de acuerdos de esta naturaleza.<sup>25</sup>

Como resultado de esa estructura vertical y fuertemente centralizada, es frecuente encontrar una mayor autonomía de los representantes sindicales en la negociación colectiva. No pocas veces, la reacción inmediata en los niveles inferiores genera un movimiento centrífugo expresado en la proliferación de huelgas salvajes o en los deslizamientos salariales por arriba de lo previsto en los Acuerdos Marco.<sup>26</sup>

Otro aspecto no menos importante en la dinámica global del Diálogo social y de los pactos sociales, es que aquellos no pueden explicarse por fuera de la existencia de un pacto político “democrático”, basado en el compromiso adquirido por los interlocutores sociales, para garantizar el mantenimiento del sistema político, tal como sucedió en el caso español del pacto de la Moncloa en el año de 1978. En ese sentido los pactos sociales, se convierten en un nuevo factor de legitimación de las decisiones políticas tomadas por el Estado. No es ocasional que se busque

---

22 Citado por DURÁN, Federico. “Derecho de huelga y legislación del conflicto de clases Universidad de Sevilla 1976.

23 Situación Sindical y Relaciones Laborales en España. Op cit. Pág. 65

24 *Ibidem*.

25 Informe sobre la reunión de la OCDE. Op. Cit.

26 *Ibidem*.

celebración de acuerdos de esta naturaleza en muchos países con la finalidad de asegurar un tránsito pacífico hacia formas de dominación más democráticas. Ya en el campo sindical, Los Acuerdos de Diálogo Social, han producido una serie de modificaciones en el concepto del sindicalismo y en su relación con el Estado y los grupos económicos.<sup>27</sup>

Para muchos, el aspecto fundamental de las transformaciones, radica en el viraje de la conducta sindical que, de mantener una conducta contestataria, puramente reivindicatoria y de amplia confrontación ha pasado a adoptar nuevas responsabilidades relacionadas no solo con los intereses puramente corporativos, sino con los intereses nacionales.<sup>28</sup> La actitud de moderación sindical, tendrá como contrapartida una “repolitización del sindicato en el buen sentido de la palabra al intervenir de manera más eficaz en la decisiones macroeconómicas o de importancia política convirtiéndose en un interlocutor privilegiado de los poderes públicos.”<sup>29</sup> Para quienes defienden las bondades del diálogo social la negativa a participar en acuerdos sociales expresa el arcaísmo de aquellas tendencias aferradas a esquemas reivindicativos tradicionales propios de una época de desarrollo económico sostenido y continuo.<sup>30</sup>

Así es posible establecer que la negociación que conduce a la aceptación de la disminución de los salarios, el desmonte de las cláusulas de estabilidad, la reducción del sistema de seguridad social y otro aspecto más, no sería la expresión de una integración mayor del sindicalismo al sistema económico que se ha mostrado incapaz para resolver los problemas de empleo o de redistribución del ingreso, sino prueba de ser un sindicalismo maduro que expresa “el resurgimiento de una cultura que va más allá de los intereses fragmentarios inmediatos para entrar en una lógica de la participación y corresponsabilidad nacional”.<sup>31</sup>

Los Acuerdos Sociales son una forma de negociación “atípica y estatutaria” que no tiene poder normativo sobre las partes, si los pactos son de carácter tripartito, el incumplimiento del Estado no tiene ningún efecto de carácter jurídico. Cuando los acuerdos vinculan únicamente a los interlocutores sociales, el incumplimiento de lo pactado por cualquiera de las partes tiene un efecto contractual. Como los

---

27 ADA PIAZZE, NICOLÁS FLAÑO CALDERÓN. Diálogo social en América Latina: un camino hacia la democracia ciudadana. Inter.American Development, 2005 pág. 72

28 CRESPO VALERO. Op. Cit. Pág. 61

29 *Ibidem*.

30 La expresión es de José María Safaliur, directivo del sindicato de la U.G.T.

31 CRESPO VALERO. Op. Cit

pactos sociales requieren de su ratificación en los renglones inferiores de la negociación colectiva, se considera que tienen el carácter de “fuente material de normas”<sup>32</sup>

En cuanto a los mecanismos de control sobre el desarrollo y cumplimiento de los acuerdos sociales, resultado del diálogo social, se prevé la creación de organismos tripartitos o paritarios encargados de vigilar su cumplimiento, de interpretar sus disposiciones y de realizar los ajustes que su desarrollo demande. En España, por ejemplo el cumplimiento de los acuerdos está sometido a la verificación del llamado comité paritario interconfederal y de la Comisión de Seguimiento encargada de vigilar la aplicación del acuerdo bipartito y tripartito mediante decisiones tomadas por unanimidad en el primero y sometido a un control trimestral el segundo.<sup>33</sup>

El fundamento teórico último del diálogo social que realizan los trabajadores en su capacidad negociadora, es que los patronos se obligan a preservar la planta productiva existente y a incentivarla en la medida de lo posible. Este tipo de compromisos hallan su justificación en la necesidad de anteponer los derechos de la Sociedad a los individuos o de grupo, con la finalidad de preservar la estabilidad nacional. Para Octavio Bueno Magano, los pactos sociales, son “marcos de estructura de las convenciones colectivas, a través de los cuales los grupos profesionales y económicos, generalmente en colaboración con el Estado, delinean soluciones para los problemas económicos – sociales de la colectividad”<sup>34</sup>

Los diversos sistemas jurídicos que se han presentado a lo largo de la historia, reflejan el proceso evolutivo del Derecho. Este desarrollo presenta en los últimos siglos, tres estadios bien definidos: el absolutista, en donde el Estado es el ente de mayor tutela jurídica; el individualista, en donde el máximo valor a proteger es la persona y su patrimonio, y el social, en donde el centro de actividad normativa son los grupos sociales, tradicionalmente desprotegidos, aplicando, por ejemplo, el principio del Derecho Social de **entregar la tierra a quien la trabaja** y asegurar a los hombres que vierten su energía de trabajo a la economía, la salud y la vida en condiciones de dignidad.

Pla Rodríguez<sup>35</sup>, señala que la búsqueda del consenso no implica o significa que los distintos intereses representados persigan objetivos comunes sino, tan solo, por difícil que parezca, que procuren encontrar puntos de coincidencia, de concurrencia, de

---

32 ALMANZA PASTOS, José. “La Seguridad Social” en el Pacto Social, solución concertada para el desempleo. Cámara de Comercio de Bogotá. Pág. 98-99.

33 Acuerdo Económico y Social 9ª. Ed. Pág. 79 Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de España, Noviembre 1984.

34 *Ibidem*. Pág. 230

35 *Op. Cit.* Pág. 272

sincronía, por mínimos que sean. La doctrina que se ha venido elaborando alrededor del tema del Diálogo Social, señala que no existe una propuesta única o de validez universal. Este aspecto, no obstante ser tan evidente, siempre conviene traerlo a colación en el interés de evitar falsas expectativas e ilusiones, o la aceptación de una propuesta inadecuada para determinada realidad específica, fruto, muchas veces, tan solo de intentos originados en el propósito de trasplantar experiencias que, en otro contexto político, económico y social, pueden haber tenido acogida.

Con la energía que el tema requiere hay que señalar que cada país debe buscar en la medida de su propia realidad e idiosincrasia, en términos generales o específicos, el mayor grado, de consenso nacional en los aspectos más relevantes y trascendentales de su política y de su política social. Ese acercamiento y entendimiento nacional requiere reducir a límites razonables la conflictividad laboral, so pena de que, en caso contrario, se imposibilite el diálogo social, la concertación o la ejecución y el cumplimiento de los acuerdos que se pacten.<sup>36</sup>

Por diferentes razones y motivos, fáciles de entender y comprender, sobre todo, por reflejar la crisis en los partidos políticos y, en general, la crisis de una sociedad que, sin mayor visión del futuro, no supo establecer a tiempo correctivos para frenar los excesos que condujeron a situaciones de desempleo, pobreza o recesión, no ha sido ajena a valoraciones de carácter ideológico. Es necesario tener en cuenta la consideración que se ha hecho, y que debe hacerse, de la política de Diálogo Social, entendida esta como la participación de los distintos grupos de presión organizados, fundamentalmente a través de las organizaciones y de empleadores que, junto con el gobierno, han contribuido en la planificación de las bases de lo que serán las políticas nacionales en materia económica social.

Han surgido así muchos interrogantes en cuanto al Diálogo Social, entre otras, las siguientes: ¿representa la vuelta a un sistema de naturaleza neocorporativo? O ¿es un mecanismo propio del neocontractualismo? Una negociación de cúpula que se plasme en acuerdos nacionales tendientes a fijar las bases de la política económica-social, ¿es realmente una opción viable? ¿Se logran con el diálogo social, los cambios que las sociedades requieren para enfrentar y para salir de la crisis? ¿Realmente estamos ante una nueva forma de negociación colectiva? ¿Implica una mayor o mejor estructurada intervención estatal en el ámbito propio de la negociación colectiva típica? ¿Limita el Diálogo social en el papel que le corresponde desarrollar en materia de relaciones laborales a los interlocutores sociales: empleadores y trabajadores?

---

36 SEPÚLVEDA-MALBRÁN, Juan Manuel. El diálogo social en los países andinos: nuevo camino para los sindicatos? International Labour Organization, 2000. Pag 89

No forma parte del objeto de esta investigación proporcionar respuesta a todas esas preguntas, sin embargo, sí es indispensable expresar que el Diálogo Social es una forma atípica de negociación colectiva que, por supuesto, va mucho más allá de la tarea de regular solo condiciones de trabajo. Consiste en la participación activa que debe ser, a la vez, representativa, genuina y afectiva de los grupos de intereses distintos que representan a trabajadores y a empleadores en pie de igualdad con el Gobierno, en la búsqueda del mayor consenso o acuerdo posible para la planificación de la política nacional en materia económica y social.<sup>37</sup>

Entendido así el Diálogo Social, es en realidad un “convenio para convenir”<sup>38</sup>, muchas veces llamado acuerdo marco por estar referido a las fronteras o límites que fijaba anteriormente la negociación colectiva a las partes contratantes<sup>39</sup>. No puede ser de otra forma, ya que de manera significativa pero evidente, en los acuerdos concertados se establecen regulaciones y limitaciones en cuanto al contenido y alcance de algunos aspectos o materias que son propios de los convenios colectivos de trabajo: se fijan tope máximos o puntos de referencia en cuanto a salarios e índice de precios al consumidor, autorizaciones de alzas en los artículos de primera necesidad ordinariamente al cabo de una relativa garantía de que, por lo menos, se mantendrá el nivel de ocupación existente, con proyecciones hacia su incremento y, en algunas ocasiones, de que se buscara la necesaria transformación tecnológica y se respetaran los derechos laborales.<sup>40</sup>

No hay duda alguna de que el Diálogo Social plantea una difícil paradoja para estabilizar la ocupación y garantizar el derecho al trabajo y facilitar la inversión privada a fin de no desproteger el despido y disminuir la conflictividad laboral, lo que en otros términos ha sido resumido como la defensa del empleo frente a la defensa de las condiciones de trabajo.

Lo expuesto sugiere la posibilidad y existen indicios que así lo indican que podríamos estar en presencia de una transformación del derecho del trabajo, que ha

---

37 ERMIDA URIARTE, Óscar. Introducción al Estudio de la Concertación Social, en la obra *La Concertación social. Estudios en homenajes a América Pla Rodríguez*, Págs. 20 y 21; señala que la Concertación Social es una noción política que él entiende referida a la participación del sector sindical, del sector empresarial y del Estado en la planificación o adopción de decisiones que recaen en diferentes ámbitos, pero especialmente en el económico social”

38 Op. Cit., Pág. 21

39 MARTÍNEZ VIVOT, Julio. *Confrontación y Concertación en las Relaciones de Trabajo en la década del 50*, en la República de Argentina. II Encuentro Iberoamericano de Relaciones de trabajo, Pág. 130

40 PATIÑO G. Carlos Arturo. *Diálogo social para la formación profesional en Colombia Volumen 13 de Aportes para el diálogo social y la formación*. Oficina Internacional del Trabajo - OIT, CINTERFOR, 2005. Pag. 120

surgido, primordialmente, para procurar equilibrio en las relaciones de trabajo y el capital y que ha tenido como fundamental cometido tutelar los intereses de los trabajadores, sobre todo, ante el empleador, pero, también frente al Estado. Hoy sin perder su razón propia de ser, y para enfrentar la crisis que ha dejado hondas huellas y trascendentes repercusiones en el ámbito de las relaciones laborales, el Derecho del Trabajo, con base en las exigencias de un superior interés colectivo, podría tener que combinar y tal vez atenuar su protección al trabajador con la atención paralela de otros intereses que, de alguna manera no le son propios, pero imponen el cambio.

Sobre el tema se ha expresado un capítulo especial de esta investigación referente a los componentes necesarios para la formulación de un NUEVO DERECHO DEL TRABAJO si se tiene en cuenta que la crisis económica enfrentó al sistema de relaciones laborales a un proceso de agotamiento que impone necesariamente la búsqueda de nuevas fórmulas y soluciones que permitan renovación o, de ser el caso, la sustitución del modelo vigente.<sup>41</sup>

No puede dejar de reconocerse que las situaciones de crisis traen consigo modificaciones sensibles a las reglas del juego en el mundo de las relaciones laborales. Negar que hayan producido mutaciones fundamentales en ellas, es negar lo evidente. Aferrarse a las ideas antiguas que entienden que el Derecho del Trabajo nace y se desarrolla indefectiblemente con un propósito protector y garantista en beneficio de los trabajadores o, en otra dimensión, reconociendo la capacidad de organización y lucha de los asalariados a través de la libertad sindical, el derecho de huelga y los convenios colectivos pueden constituir una actitud ajena a la realidad. Hoy el mundo del trabajo está determinado por los pactos sociales de dimensión nacional, llevados a cabo con la intervención protagonista del Estado en un proceso abierto y eficaz de DIÁLOGO SOCIAL. El juego de las fuerzas determina una limitación importante a las capacidades de lucha de los sindicatos.<sup>42</sup>

Intentar el diálogo social en un país en que no existe en realidad un régimen político efectivamente democrático, en que este condicionado o mediatizado el ejercicio de las libertades públicas, o en donde no existan mecanismos que posibiliten la participación ciudadana, no solo en un absurdo imposible de lograr, sino que sería tanto y tan grave como pretender disfrazar con ropajes ajenos una actuación típicamente autoritaria e impositiva, cuyos ejemplos y trágicas consecuencias podemos observar en muchos pasajes de la historia, incluso reciente. Por eso el diálogo social supone

---

41 MARTÍNEZ VIVOT, Julio. Confrontación y Concertación en las Relaciones de Trabajo en la Década del 50, en la República Argentina. II Encuentro Iberoamericano de Relaciones de Trabajo. Pág. 130

42 DE B. LOZANO, Néstor. Concertación Social y Empleo. Pág. 47



en alguna medida una madurez adecuada en materia democrática y política, sin dogmatismos y sin protagonismos.<sup>43</sup>

De existir posibilidad e interés por el diálogo social en un país con un sistema político maduro y democrático, en el que exista, también, un régimen de libertades públicas y en el que sea efectiva la participación ciudadana, tendríamos que verificar que, además, se den otros dos supuestos básicos, que serían: a) una base política que facilite y permita la consecución de acuerdos nacionales concertados, y b) que funcionen adecuadamente las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, lo cual, a su vez, requiere la existencia de un amplísimo respeto por los principios que informan, confirman y garantizan el régimen de la libertad sindical y consecuentemente, la autonomía colectiva de esas organizaciones. El primero de esos dos supuestos no necesita comentario adicional alguno: su necesidad, importancia y trascendencia es sumamente obvia. El segundo, por el contrario, exige la formulación de algunas breves consideraciones complementarias para precisar su alcance.<sup>44</sup>

Las organizaciones de empleadores y de trabajadores, pero, sobre todo las últimas, que históricamente han tenido mayor dificultad para actuar, tienen que ser auténticas, legítimas y representativas. Esto quiere decir que deben haber sido constituidas; tener y mantener una actuación objetiva realmente de tutela, protección y defensa de los intereses propios de sus representados, sin que estén sujetas en forma alguna a influencias externas que pueden ser de índole política, proveniente del Estado o de su contraparte<sup>45</sup>. Requiere tener ambas organizaciones, paralelamente, un importante grado de influencia propia, efectiva, real y manifiesta entre sus representados y, en tanto no se trate, de hecho, de organizaciones unitarias, sea que coexistan más de una por sector, es necesario que procuren que su actuación y toma de decisiones se haga en forma articulada, de manera coordinada y ordenada, ya que en caso contrario podría existir dispersión, a todas luces inconveniente.

Una actuación inteligente, objetiva y racional, supone compromiso de parte de las organizaciones de empleadores y trabajadores, exige la existencia de un amplísimo derecho a la información sobre los aspectos económico-sociales nacionales, que vayan a ser tratados, sin la cual resulta imposible la existencia del diálogo,

---

43 PATIÑO G. Carlos Arturo. Diálogo social para la formación profesional en Colombia *Volumen 13 de Aportes para el diálogo social y la formación*. Oficina Internacional del Trabajo - OIT, CINTERFOR, 2005. Pag. 120

44 SEPÚLVEDA-MALBRÁN, Juan Manuel. El diálogo social en los países andinos: nuevo camino para los sindicatos? *International Labour Organization*, 2000. Pag 96

45 LEAL BUITRAGO, Francisco. En la encrucijada: Colombia en el siglo XXI. Colección Vitral. Editorial Norma 2006. Pag 235.

la negociación y, finalmente, el diálogo Social. Los participantes en el proceso de diálogo deben concurrir a las deliberaciones, con el firme propósito de conservar y de negociar con un alto grado de sinceridad y de buena fe, manteniendo siempre el debido respeto hacia los demás y con el genuino propósito de buscar las mejores opciones y posibilidades, no tan solo del grupo que representa sino, más bien, del interés general de la colectividad nacional.

Que los sectores involucrados, los participantes, acudan al proceso de Diálogo Social, con un horizonte amplio, mucho más ancho que el que establecen las fronteras de sus propios intereses, no es tarea fácil, máxime cuando sean conscientes que tendrán que asumir compromisos difíciles en función del contexto nacional, de la problemática y posibilidades propias del país de que se trate, ni olvidar por supuesto la influencia notable que hoy tienen las decisiones económicas que a nivel internacional se toman. El diálogo social demanda, indudablemente gran capacidad de análisis y de comprensión de diversidad de temas, materiales, problemas y soluciones que deben abordarse, muchas veces ajenos al Derecho del Trabajo y propios de otras disciplinas complejas, lo cual exige, también, un soporte técnico, profesional, responsable, capaz y objetivo de gran envergadura. En presencia de todas esas condiciones, el Diálogo Social aún podría fracasar si no se establecen oportunamente los mecanismos y procedimientos que permitan coordinar y también, ejecutar los acuerdos a los que se haya llegado. Es por ellos que los diversos sectores involucrados tienen como obligación velar por el cumplimiento del pacto al que se llegue.<sup>46</sup>

Con frecuencia, y de manera prácticamente unánime, se ha venido señalando que el Diálogo Social puede tener carácter bipartito o tripartito. El primer supuesto comprende la que es realizada entre el gobierno y cualquiera de los interlocutores sociales, uno de ellos o, inclusive, la que es llevada a cabo entre estos solos –los interlocutores- con prescindencia del gobierno, de las organizaciones de empleadores y de las organizaciones de trabajadores.

El solidarismo sostiene que el Diálogo Social debe servir para perfeccionar la democracia en libertad, la dignidad de los ciudadanos, la economía de mercado y la distribución equitativa de la riqueza, sobre todo, a través de una reforma fiscal en función de los compromisos adquiridos por el país con organismos internacionales de crédito, especialmente el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial; la reestructuración del crédito bancario, el fomento a las exportaciones, la privatización de las empresas públicas y la reducción del gasto público. Los sindicatos,

---

46 LEAL BUITRAGO, Francisco. En la encrucijada: Colombia en el siglo XXI. Colección Vitral. Editorial Norma 2006. Pag 235.

por su parte, han afirmado que a través del Diálogo Social debe garantizarse un aumento general de salarios, el congelamiento de los precios, un programa eficaz de vivienda popular, la absoluta libertad de negociar colectivamente, y el rechazo de la deuda externa y de los compromisos con el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial.<sup>47</sup>

Entendido el diálogo social como la búsqueda objetiva y racional de acuerdos nacionales pactados, temporales probablemente, entre los diversos sectores sociales representativos, que permitan sentar las bases de la política económica-social para enfrentar la crisis y sus consecuencias, el Diálogo Social es un mecanismo que conviene estudiar y entender para, de ser posible, tratar de implementarlo en el contexto propio de cada país, de conformidad con sus tradiciones, prácticas, costumbres, idiosincrasia y posibilidades. Impulsar el proceso en procura de un acuerdo concertado a nivel nacional es una tarea en la que deberíamos colaborar todos, en el entendido de que nos enfrentaremos con un reto complejo, difícil, permanentemente laberíntico que requiere de un esfuerzo extraordinario de quienes en el participen y de una vocación infrecuente por el diálogo, la negociación y la búsqueda de acuerdos.

Siempre, y en todo momento, será absoluta y totalmente conveniente tener presente que: el diálogo social solo cumple con sus finalidades si existe la debida correspondencia entre lo que se concreta y lo que se hace, si los propósitos que lo animan y justifican son genuinos y duraderos; si las responsabilidades que de ella derivan no limitan de manera desigual las prerrogativas inherentes a los participantes sociales; si los interlocutores aprecian que existe equilibrio apropiado entre los compromisos adquiridos y los beneficios esperados; si en su concepción y desarrollo se tiene presente las tradiciones, valores, circunstancias y proyecciones de sus protagonistas.<sup>48</sup>

## CONCLUSIÓN

Se puede afirmar que en materia de diálogo social, participación sindical y negociación colectiva, las cifras que permiten reflejar el nivel de acceso a esquemas participativos en lo laboral e institucional para la concertación de políticas sociales del país, tradicionalmente han sido bajas. No es desconocido que en Colombia la

---

47 PATIÑO G. Carlos Arturo. Diálogo social para la formación profesional en Colombia *Volumen 13 de Aportes para el diálogo social y la formación*. Oficina Internacional del Trabajo - OIT, CINTERFOR, 2005. Pag. 120

48 MOGARDO V., Emilio. Op. Cit. Pág. 95

tasa de sindicalización se encuentra por debajo del 6% de la población ocupada sin desconocer qué tan escaso porcentaje se encuentra concentrado en sectores claves de la economía tales como hidrocarburos, minería en gran escala, banca, magisterio y trabajadores al servicio del Estado.

Sin embargo, esa escasa minoría institucionalmente tiene asiento en los diferentes consejos y comités de concertación establecidos por ley, siendo partícipes de decisiones en materia de remuneración mínima, proyectos de leyes laborales, entidades de seguridad social, Sena, cajas de compensación familiar, etc., que permiten co-administrar acciones en instituciones con gran incidencia en la ejecución de las políticas sociales del Estado. Contrario sensu, la insuficiente representación colectiva refleja una vez más la exclusión de los demás sectores de la población ocupada de la participación en un gran DIÁLOGO SOCIAL y en las grandes discusiones y decisiones que en materia laboral puede afectarlos.

La alta rigidez de que gozan nuestras instituciones laborales se traduce en normativas no siempre adecuadas para estas épocas de mundialización, tercerización y temporalidad en las actividades de trabajo. La falta de concertación en proyectos de reformas laborales y la viabilidad de un gran diálogo social que flexibilice, por ejemplo, la vinculación y despido de trabajadores y disminuyan las altas tasas impositivas que afectan la contratación laboral, entre otros temas, está conduciendo a que en forma imperceptible, pero creciente, se esté llevando a cabo una reforma laboral “por la puerta de atrás”, representada en el auge de la temporalidad y la contratación atípica.

Por su parte la Organización internacional del trabajo promueve el fortalecimiento y apoyo del tripartismo y del diálogo social equilibrado. La OIT parte de la base de que para promover un diálogo social vigoroso se requieren interlocutores sociales vigorosos, razón por la que habrá de fortalecerse las organizaciones de empleadores, las de trabajadores y las autoridades públicas que se ocupen de los asuntos laborales. La propuesta de la OIT es la de exigir a los actores sociales una plena disposición que permita concurrir, frente a las reformas en curso o las que se propongan, hacia las generación de nuevas oportunidades de trabajo para mejorar la situación de las personas en el mundo del trabajo, promoviendo oportunidades para que los hombres y mujeres puedan conseguir un trabajo en condiciones, como se ha dicho repetidamente, de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana.

Nadie se salvará hacia el futuro si se continúa privilegiando situaciones laborales consolidadas por pertenencias a sectores y grupos que tradicionalmente han gozado de todo, mientras que una masa creciente de la población desprotegida continúa sin trabajo o labora en condiciones precarias en una sociedad donde quien no

trabaja, no tiene, pero – ante todo – no es ningún secreto el anhelo general de que el crecimiento económico vaya acompañado de la justicia social mediante la salvaguardia y el respeto de los derechos básicos de los trabajadores<sup>49</sup>. La Organización Mundial del Comercio celebrada en Singapur reafirmó la preeminencia de la OIT como el organismo competente en lo que se refiere a fijar y supervisar las normas fundamentales del trabajo, en un ambiente permanente de Diálogo social que permita aproximarse y consolidar una verdadera justicia social.

El sindicalismo debe afrontar un nuevo desafío, el de la fragmentación de la clase trabajadora, desafío que no puede ser resuelto íntegramente a través de iniciativas que incidan en el entorno laboral sino considerando integralmente la situación de los menos favorecidos, que carecen de un trabajo digno. Si bien la equidad en las condiciones de vida, la cohesión social, no pueden dirimirse únicamente en función de parámetros laborales, los sindicatos si deben asumir un rol más amplio en beneficio de las clases menos favorecidas especialmente de quienes carecen de un vínculo laboral.<sup>50</sup>

El modelo social sobre el que se articulan los mecanismos de redistribución de la riqueza generada por la fuerza del trabajo debe ser una preocupación sindical lo mismo que la redistribución social de la renta, a través de la accesibilidad de bienes y servicios básicos para la calidad de vida, incluso, para la verificación efectiva de las condiciones de bienestar<sup>51</sup>. El sindicalismo, no ha considerado la opción de involucrarse en el diálogo social como una prioridad real, con contenidos sustantivos, promoviendo negociaciones y, eventualmente, acuerdos que incidan sobre la realidad social, diálogo que debe ser considerado como un derecho y una garantía efectiva en el acceso a bienes y servicios básicos para el conjunto de la sociedad y, significativamente, para sus sectores más vulnerables al riesgo de pobreza y exclusión social, no desde una concepción individualista y asistencial, sí desde la concepción de cohesión y equidad del conglomerado social en general.<sup>52</sup>

---

49 LEAL BUITRAGO, Francisco. En la encrucijada: Colombia en el siglo XXI. Colección Vitral. Editorial Norma 2006. Pag 235.

50 PATIÑO G. Carlos Arturo. Diálogo social para la formación profesional en Colombia *Volumen 13 de Aportes para el diálogo social y la formación*. Oficina Internacional del Trabajo - OIT, CINTERFOR, 2005. Pag. 120

51 LEAL BUITRAGO, Francisco. En la encrucijada: Colombia en el siglo XXI. Colección Vitral. Editorial Norma 2006. Pag 235.

52 GUARÍN PORRAS, Luis Francisco. Origen y Evolución del Sindicalismo en Colombia. ED. Porvenir, 218 Pág.

## BIBLIOGRAFÍA.

- Acuerdo nacional para la elevación de la productividad y la calidad / México. Secretaría del Trabajo y Previsión Social. – (México): STPS, 1992.
- BUENL., Néstor de. Concertación social, reconversión y empleo. \_ México: Porrúa, 1998.
- CAMPERO, Guillermo. La concentración social: Una política de gobernabilidad democrática de los procesos de cambio. La experiencia de Chile. *EN: Diálogo y concertación Social. COLOQUIO TRIPARTITO DE BOGOTA.* 1997
- Comisión de seguimiento y evaluación del pacto de solidaridad económica/ México: Comisión de seguimiento y evaluación del pacto de solidaridad económica. \_ (México): (CONASA- MI), 30 dic. de 1987- 29 de dic. de 1988. \_ (Proyectos actas de reunión).
- GONZÁLEZ, Basilio. La experiencia reciente del diálogo social en México. *EN: Diálogo y concertación Social. COLOQUIO TRIPARTITO DE BOGOTA.* 1997
- PACHECO, Martha Elena, CARBONELL, Rafael. La experiencia reciente del diálogo social en Colombia. *EN: Diálogo y concertación Social. COLOQUIO TRIPARTITO DE BOGOTA.* 1997
- PATRONE, Alessando. Capacitación para el diálogo social. *EN: Diálogo y concertación Social. COLOQUIO TRIPARTITO DE BOGOTA.* 1997
- Por una globalización justa: El papel de la OIT. Informe del Director General sobre la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización. Conferencia Internacional del Trabajo, 92ª. Reunión. Ginebra.
- Preservar los valores, promover el cambio. La justicia social en una economía que se mundializa: Un programa para la OIT. Memoria del Director General. Conferencia Internacional del Trabajo, 81ª, reunión. Ginebra.
- Reducir el déficit de trabajo decente: Un desafío global. Memoria del director General. Conferencia Internacional del Trabajo, 89ª. Reunión. Ginebra.
- Superar la pobreza mediante el trabajo. Memoria del Director General. Conferencia Internacional del Trabajo, 91ª reunión. Ginebra.
- TOKMAN, Víctor E. Hacia un diálogo social renovado. *EN: Diálogo y concertación Social. COLOQUIO TRIPARTITO DE BOGOTÁ.* 1997



Autora: Adriana Botero Martínez  
Título: El café de la mañana  
Técnica: Linóleo  
Dimensión: 12 x 16  
Año: 2002

## ***CINCO HITOS INSTITUCIONALES QUE CONFIGURARON LA HISTORIA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS EN MEDELLÍN, 1890-2010\****

---

\* Este artículo hace parte de los productos derivados del Proyecto de Investigación E01469, “Estrategia para la sostenibilidad de los grupos A y A1 para el año 2009”, financiado por el Comité de Apoyo a la Investigación —CODI— de la Universidad de Antioquia y desarrollado por el grupo de investigación *Hegemonía, guerras y conflicto* del Instituto de Estudios Políticos de la misma Universidad.

Fecha de recepción: agosto 4 de 2010

Fecha de aprobación: octubre 12 de 2010



## CINCO HITOS INSTITUCIONALES QUE CONFIGURARON LA HISTORIA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS EN MEDELLÍN, 1890-2010

*Germán Darío Valencia Agudelo\*\**

### RESUMEN

El artículo, a partir de cinco hitos institucionales, realiza una mirada de largo plazo de los servicios públicos domiciliarios en Medellín (1890-2010). Inicia con los efectos que tuvo la Constitución Política de 1886 en la configuración del sector y finaliza con los que tiene la Ley 142 de 1994. Considera tanto las normas que surgieron en los diferentes órdenes territoriales (nacional, regional y local) como las diversas procedencias organizacionales (Congreso de la República, Presidencia de la República, ministerios, Asamblea Departamental de Antioquia y Concejo de Medellín). Muestra el impacto fundamental que tienen los cambios normativos en la configuración de los diversos servicios que conforman el sector.

**Palabras claves:** Servicios públicos domiciliarios, cambios normativos, instituciones, historia de Medellín.

### FIVE MILESTONES THAT CONFIGURE THE HISTORY OF THE DOMICILIARY PUBLIC SERVICES IN MEDELLIN, 1890- 2010

### ABSTRACT

The article, since five institutional milestones does a look of long term of the domiciliary public services in Medellin (1890- 2010). It begins with the effects that the Politic Constitution of 1886 had in the configuration of the sector and finishes with the effects that the law 142 of 1994 in this. It considers norms that arose in the different territorial orders (national, regional and local) and norms of varied organizational origin (Republic Congress, the Republic's Presidency, ministries, Departmental Assembly of Antioquia and Council of Medellin) too. It shows the fundamental impact that the normative changes have in the configuration of the several services that form the sector.

**Keywords:** Domiciliary public services, normative changes, institutions, Medellin history.

---

\*\* Economista, especialista en Gerencia Social y magíster en Ciencia Política de la Universidad de Antioquia. Es Profesor Asociado del Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia y es miembro de los grupos de investigación *Hegemonía, guerras y conflicto* y *Microeconomía aplicada* de la misma universidad. Su dirección electrónica es: [german.valencia@udea.edu.co](mailto:german.valencia@udea.edu.co). El autor agradece al profesor David Tobón por sus valiosos comentarios al texto, aunque lo exime de alguna responsabilidad sobre las ideas en él contenidas.



## INTRODUCCIÓN

La historia de los servicios públicos domiciliarios en Medellín no es ni unificada, ni lineal, ni mucho menos confluyente. Los servicios de agua potable, saneamiento básico, electricidad, gas y telefonía aparecieron en distintos momentos históricos, fueron evolucionando de manera distinta en el siglo XX y hoy, debido a las transformaciones tecnológicas y hábitos de consumo, vienen alejándose en su naturaleza domiciliaria y pública. A pesar de esta situación es posible realizar un esfuerzo analítico por presentar una historia coherente de estos servicios en la ciudad, a partir de los cambios institucionales que la han configurado.

En este sentido, el presente artículo tiene como objetivo hacer una historia de los servicios públicos domiciliarios en Medellín, a partir de cinco hitos de cambios institucionales. Entendiendo por cambios institucionales, las transformaciones en las reglas de juego que ha tenido el sector (North, 1993). Son 120 años de historia donde se pretende destacar aquellas normas formales que le han dado un giro al sector, ya sea para iniciar un nuevo rumbo o para consolidar un modelo específico. Se reconocen tanto aquellas normas que surgieron de diferentes órdenes (nacional, regional o local) como las diversas procedencias organizacionales (Congreso de la República, Presidencia de la República, ministerios, Asamblea Departamental de Antioquia y Concejo de Medellín) con el fin de mostrar la incidencia en la disposición del sector.

Para condensar esta larga historia se ha seleccionado cinco hitos que han marcado la aparición de los servicios públicos domiciliarios en Medellín. El primero es la Constitución Política de 1886; el segundo, los acuerdos y disposiciones locales del municipio de Medellín en la segunda década del siglo XX; el tercero, la Reforma Constitucional de 1936 y su efectos legislativos; el cuarto, el Acuerdo Municipal 058 de 1955, que le da origen a las nuevas Empresas Públicas de Medellín (EPM); y, finalmente, el quinto es la Ley 142 de 1994.

Es preciso señalar, antes de iniciar la exposición, que la tarea de elegir es atrevida y difícil, pues al seleccionar unos hitos tuvo que dejarse por fuera otros que también tienen importantes efectos en la configuración del sector<sup>1</sup>. Igualmente, que la

---

1 Por ejemplo, algunos podrán advertir la importancia que tuvo para el sistema de servicios públicos domiciliarios en Medellín, algunas de las leyes que aparecieron en el periodo comprendido entre la ordenanza que crea las Empresas Públicas de Medellín en 1955 y la Ley 142 de 1994; sin embargo en este texto no se hace alusión a ninguna de ellas. Para profundizar en este periodo ver Uribe y Valencia (2005).

historia que se presenta aquí es bastante positiva y optimista, en la medida que se muestran los avances normativos y los progresos del sector, no se enfatiza ni en los vacíos ni en los problemas. A pesar de estas dos advertencias, se espera que al final el lector coincida con el texto, en afirmar que los hitos seleccionados han sido claves en la configuración del sector de los servicios públicos domiciliarios en Medellín, logrando con ellos reconstruir y sintetizar una historia larga y compleja.

## **I. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1886: EL ACTO FUNDADOR DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS EN COLOMBIA**

La aparición de los servicios públicos domiciliarios en Medellín se da entre la última década del siglo XIX y la primera del siglo XX. Fue un momento en el que Colombia estaba poniendo en ejecución la Constitución Política de 1886. Ésta estableció como principio rector el estímulo a la libre iniciativa privada para la conformación de los negocios; procurando que la sociedad civil supliera por sí misma sus necesidades. En este ambiente, la participación del Gobierno en la economía fue mínima, se reducía al otorgamiento de contratos de concesión y exclusividad a través de los municipios al sector privado.

Ejemplo de esta filosofía constitucional fue la dinámica que tuvo los servicios de acueducto, electricidad, telefonía y aseo. El primero, por ejemplo, nació como respuesta al ofrecimiento que les hizo el Estado a los particulares de aprovechar el líquido aledaño a la ciudad para ofrecer este servicio; convirtiéndose éste en el primer servicio público en aparecer en Medellín mediante el Acuerdo 07 de 1890<sup>2</sup>. Le siguió el servicio de aseo: el Concejo Municipal, por medio del Acuerdo 04 de 1901, estableció las normas para el manejo, control y establecimiento de rutas de recolección de basuras en la ciudad; además otorgó la concepción privada del servicio de recoger basuras y realizar limpieza de los parques y plazuelas, primero a Martín Chalarcá en 1906 (dos veces por semana) y luego a Trino Congote en 1910; este fue un servicio que se prestaba de forma muy rudimentaria, pues la herramienta para recoger los desperdicios eran carretas tiradas por caballos.

Un año después, en 1892, aparece el servicio residencial de telefonía (este venía prestandose desde 1885 en Bogotá a 200 hogares por la Compañía Colombiana de

---

2 En otras ciudades colombianas, la prestación del servicio de acueducto se dio antes (en Barranquilla en 1880 y en Bogotá en 1886) y también después (en Cartagena en 1905 y Pereira en 1918), pero en todas ellas fue operado inicialmente por particulares (Gómez, Vargas y Acosta, 1985).

Teléfonos (DNP, 1999; p. 4)<sup>3</sup>. Su surgimiento y expansión fue resultado, al igual que los demás servicios, de la autorización que les dio el Gobierno a los particulares de ofrecerlo; estímulos que aumentaron con el tiempo, pues a través del Decreto 1294 de 1894, se autorizaría a las empresas privadas la inversión en líneas interurbanas, llegando a la cifra récord de más de 1.500 Km. de redes construidas para 1898<sup>4</sup>. Finalmente apareció el servicio de electricidad en 1895; la Compañía de Instalaciones Eléctricas aprovechó las caídas de agua para generar electricidad y llevar el servicio a los hogares de Medellín (Rojas y González, 1988; p. 93); servicio que se complementaria en 1898 con el alumbrado público (Cuadro 1).

*CUADRO 1. MEDELLÍN: HITOS EN LA APARICIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, 1886-1910*

<b>Año</b>	<b>Actividad</b>
1886	Nueva Constitución Política.
1890	Acuerdo No 7. Se aprueba la construcción del primer acueducto municipal, abastecido por las aguas de los Piedras Blancas, el Guayabo y Chorrillos.
1891	Instalación de 50 líneas del servicio de teléfonos por la Gobernación de Antioquia
1891	El Concejo Municipal permitió a la Compañía de Alumbrado Eléctrico de Medellín suministrarle electricidad al municipio.
1892	Ley 28, compra por parte del Estado de las compañías privadas de telégrafos.
1894	Decreto 1294 de 1894, autorizaría a las empresas privadas la inversión en líneas interurbanas de teléfonos.

- 3 A pesar de que la telefonía fue un servicio tempranamente desarrollado (pues el primer telégrafo apareció en 1865 en el gobierno de Manuel Murillo Toro) este fue un servicio para el uso privado de empresarios y gobierno y no tuvo en su origen el carácter de servicio público domiciliario. El Gobierno Nacional vio en la telefonía un servicio prioritario para la seguridad nacional, por ello creó la Compañía Anónima Colombiana de Telégrafo con la pretensión de crear una red nacional. Para 1879 la red era de 2.600 Km., en 1886 eran ya 8.094 Km. y contaba con 100 oficinas unidas en todo el país, en 1892 crecieron a 9.614 Km. y el 1898 eran ya 14.040 Km. (Holeey, 1996).
- 4 El crecimiento del sector solo se vio interrumpido entre 1903 y 1905, a causa de la Guerra de los Mil Días, pero después de ésta y hasta 1922 se presentó una expansión significativa del telégrafo, con autorizaciones del Gobierno y con la participación de compañías extranjeras (DNP, 1999).

CUADRO I.(continuación)

Año	Actividad
1895	Creación de la Compañía de Instalaciones Eléctricas de Medellín.
1901	Acuerdo No 4. Normas para el manejo, control y establecimiento de rutas de recolección de basuras en la ciudad
1906	El Consejo otorgó a la firma <i>Schloss Brothers</i> de Londres la construcción de la tubería de hierro.
1906	Concejo adjudica a Martín Chalarca la recolección de las basuras dos veces por semana.
1910	Última concesión a empresas privadas para recoger basuras y realizar limpieza de los parques y plazuelas (otorgada a Trino Congote).

Fuente: elaboración propia con base en Uribe y Valencia (2005).

El balance del efecto que tuvo la Constitución Política de 1886 sobre los servicios públicos domiciliarios en Medellín y, en general, en Colombia fue positivo. La idea que fueran los particulares los encargados de realizar las inversiones en obras de infraestructura, de hacer el mantenimiento y de operar y administrarlos, posibilitó su nacimiento y modernización<sup>5</sup>. Sin embargo, hay que resaltar el carácter suntuario y de difícil acceso que tenían estos servicios para la población; las condiciones precarias en las que vivían los habitantes de la ciudad impedían que estos necesitaran y exigieran los servicios públicos domiciliarios como hoy se hace. Las personas no veían necesario que un empresario les suministrara, por ejemplo, agua o electricidad; para ellos era más fácil conseguir el líquido de las fuentes que

5 Otro ejemplo del interés del Estado por otorgan permisos a particulares es el que realizó en 1906 el Consejo a la firma *Schloss Brothers* de Londres, para la construcción de la tubería de hierro que tendría derechos por 50 años. El sector privado cumplía el papel de contratista, al ser estos muchas veces solicitados por el Concejo para que construyeran cañerías en los distintos lugares de la ciudad (Acuerdo No 9 de 1908). La idea del Concejo Municipal era corregir los grandes problemas del sector, y pensaba que todos deberían ayudar a solucionarlos. Sin embargo esto no era posible. Este servicio se tuvo muchos problemas debido a que no era posible cambiar como el acueducto las redes de cemento o barro por tubería de hierro, también al desarrollo del transporte terrestre que producía continuos daños a las redes. Por ello fue catalogado el servicio de alcantarillado por Livardo Ospina (1966; p. 261) como “la oveja negra en el rebaño de los servicios públicos”. Solo en 1924 con la creación de la Junta de Alcantarillado se pudo dar un tratamiento más planificado al sector, pero los problemas siguieron encontrando mejoras en 1936 y una solución mejor en el decenio de 1960 con la propuesta de la casa Greeley & Harsen (García, 2000; p. 75).

pasaban por los caseríos y poblados aledaños o procurarse otros tipos de energía más barata como la leña o las velas (Ospina, 1966).

## II. EL PAPEL PROTAGÓNICO DEL GOBIERNO LOCAL ENTRE 1911-1920

Pasada la primera década del siglo XX ocurre en la ciudad el segundo hito en los servicios públicos domiciliarios que daría un giro definitivo al sector. A partir de 1911 comienza a notarse un interés cada vez más marcado del Gobierno, en cabeza del Municipio de Medellín, por la provisión de los servicios de acueducto, alcantarillado y electricidad<sup>6</sup>. Hasta esta década existían en la localidad rudimentarias formas de la población disponer los residuos (líquidos y sólidos) y de proveerse de agua, lo que producía enfermedades graves como el Tabardillo (Tifo), que se extendían a otros hogares con facilidad<sup>7</sup>. El Concejo Municipal consideró en aquel momento que era de su responsabilidad la salud pública y manteniendo a su población en condiciones sanitarias adecuadas. Por ello comenzó a hacer inversiones inicialmente en acueductos y alcantarillados y posteriormente en la disposición final de residuos sólidos (basureros). Constituyéndose en un ejemplo de esta nueva dinámica el servicio de alcantarillado, que apareció en 1913 gracias al interés del Municipio de Medellín por realizar obras de gran alcance como la separación de aguas lluvias y aguas negras e instalación de tuberías (Jaramillo y Cuervo, 1995).

Al iniciar el siglo XX, Medellín se caracterizaba por ser una localidad dinámica, en continuo crecimiento y desarrollo económico; contaba con una población en aumento (que pasó de 29.765 habitantes en 1869 a 79.146 en 1918), un sector industrial diversificado (modernas trilladoras de café, fabricas textiles, gaseosas, bebidas alcohólicas, tabaco y otros productos manufactureros), un sector de la construcción muy importante (vivienda y locales comerciales) y un sector de comercial y financiero fuerte (bancos tanto nacionales como extranjeros, además de los locales). Adicionalmente, existían otras razones que llevaron a la municipalización de los servicios públicos domiciliarios, entre ellas: la dinámica de los sectores económicos

---

6 El Municipio de Medellín se había preocupado desde su fundación por otros servicios que aunque eran públicos no eran domiciliarios, como construcción y mantenimiento de vías, plazas de mercado y ferias de ganado. Lo más cercano al servicio de agua era las pilas públicas en las plazas, que, por ejemplo, el oidor y visitador Antonio Mon y Velarde mandó construir una fuente de agua para la población en el Parque Berrío en 1788.

7 En la ciudad era común la contaminación de fuentes por lavaderos o vertimiento de hogares que debido a la nueva dinámica poblacional afectaba los viejos y nuevos residentes; los malos olores eran comunes y demandaban respuestas para evitarlos. Además, cada vez que se agrupaban más personas en un mismo lugar (Ospina, 1966; p. 23).

—en especial el caficultor—, la mayor acumulación de capital, el desarrollo del mercado interno y el gran flujo migratorio del campo a la ciudad. Estos factores incidieron en que tanto el Municipio como el sector privado cambiaran su visión, consideraron los acueductos y la electricidad como prioritario para el desarrollo económico, tanto general como particular (Minjusticia, 1997; p. 26).

En cuestión de servicios públicos domiciliarios Medellín estaba bien dotado, pues tenía electricidad, acueducto, alcantarillado y telefonía, además de plaza de mercado, matadero y tranvía (Ospina, 1966). Sin embargo, debido a la dinámica de crecimiento, era necesario que el Municipio, a través de su honorable Concejo, se encargara de realizar cambios en las reglas de juego que produjeran un ambiente más propicio para mantener dicha dinámica. Por ello, a partir de 1911, este organismo fue el que se ocupó seriamente de estos servicios; era el espacio para definir el rumbo de la ciudad; desde allí se definían los temas de tarifas, calidades e inversiones; es decir, se regulaba, supervisaba y formulaban los planes y programas de infraestructura sanitaria.

En el Concejo participaron las mismas personas que antes habían invertido en servicios públicos y que, en la segunda década del siglo XX, propusieron la municipalización de los mismos. Su ideal era convertir a Medellín “en la segunda ciudad en importancia del país, moderna y cívica, que fuera del agrado de los visitantes extranjeros, proyectándola en el ámbito mundial como una ciudad industrial, comercial y dotada con los mejores servicios públicos” (García, 2000; p. 41).<sup>8</sup> Soñaban con “la construcción de una ciudad moderna, en donde concurrieran las mejores condiciones de infraestructura y equipamiento urbano, saneamiento básico, circulación y transporte, disponibilidad de fuerza de trabajo y terrenos urbanizables para construir habitaciones dignas para los obreros” (García, 2000; p. 54).

Según Botero (1996; p. 107),

[...] resultaba una constante en la mentalidad de la élite de comienzos de siglo su actitud proclive a la municipalización de los servicios básicos —acueducto y alcantarillado, energía, aseo, mataderos y ferias de ganado— e incluso, a dar soluciones de transporte urbano mediante la Empresa Municipal de Tranvía, que comenzaría a operar en los años veinte. En este empeño el Concejo tuvo como aliado muy importante a la Sociedad de Mejoras Públicas [...].<sup>9</sup>

---

8 Los concejales de principio de siglo eran en su mayoría profesionales egresados de la Escuela Nacional de Minas y de la Universidad de Antioquia, que al mismo tiempo eran empresarios, comerciantes, abogados o médicos con un proyecto cívico. Entre ellos se encuentran Mariano Ospina Vásquez, Carlos E. Restrepo, Tomás Quevedo, Mariano Ospina Pérez, Nicanor Restrepo, Alejandro Echavarría y Fidel Cano. Todos ellos interesados en construir un proyecto de ciudad.

9 La Sociedad de Mejoras Públicas de Medellín fue fundada el 9 de febrero de 1899 por un grupo de 23 personas de la élite antioqueña, entre ellas Carlos E. Restrepo. Su función inicial fue la de trabajar por el construir

El resultado de este gran interés del Concejo Municipal fue la autorización para que el alcalde pudiera realizar importantes inversiones para construir tuberías desde fuentes aisladas a la localidad, tanques de almacenamiento<sup>10</sup> y plantas de tratamiento<sup>11</sup>. Pues, consideraba que dotar a la población de agua potable mejoraría las condiciones de salud y la productividad laboral, tan necesaria en una ciudad que iniciaba su proceso de industrialización. Por ello, la determinación entre 1911 y 1920 de municipalizar los servicios para salvaguardar el interés públicos (García, 2000; p. 48). Finalmente, con el Acuerdo 34 del 18 de febrero en 1920 se instauró de forma definitiva el periodo de la municipalización de los servicios públicos domiciliarios con la creación de las Empresas Públicas Municipales, que sirvió al Concejo para determinar que el manejo de estos servicios de la ciudad (la nueva empresa estaba dividida en siete empresas). El resultado de todo este proceso fue convertir a Medellín en la primera ciudad en el país donde ocurrió el proceso de municipalización de los servicios públicos domiciliarios (Valencia, 2006) (Cuadro 2).

CUADRO 2. MEDELLÍN: MUNICIPALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, 1911-1919

Año	Actividad
1911	Acuerdos No. 55 y 183. Ampliaciones, reparó tuberías e invirtió en sostenimiento de plantas de agua
1911	El 11 de agosto el Municipio pasó a hacerse cargo de este servicio de aseo y recolección de basuras, asumiendo el Concejo la administración directa mediante la Oficina de Ingeniería Municipal
1913	Acuerdo No 2. Se obliga a la empresa de energía a suministrar el servicio a los barrios periféricos

civismo y campañas educativas, además de construir importantes obras; posteriormente, en la década de 1940, se dedicó a gestionar obras, dejando al Estado que las ejecutara.

- 10 La dinámica de los tanques de almacenamiento de agua para la ciudad hasta 1953 fue así: el de Santa Elena (1915), Orfalinato (1923), La América (1925), Campo Valdés y Manrique (1939), Berlín y Robledo (1941), Limoncito y Gerona (1942), Nutibara (1943), Villa Hermosa segunda etapa (1946), San Cristóbal (1949) y El Raizal (1953) (Gómez, Vargas y Acosta, 1985).
- 11 Durante este periodo el Concejo tuvo como principal preocupación “el saneamiento básico mediante la dotación de un acueducto de tubería de hierro, con el fin de combatir las epidemias de disentería y enfermedades intestinales causantes de muchas muertes en la ciudad. Otra parte de esta preocupación fue el arreglo y mantenimiento de la red de alcantarillado y la vigilancia al sistema de aseo y recolección de basuras” (García, 2000; p. 47). Pensamiento que no era nuevo, pues durante el último lustro del siglo XIX el Concejo enfatizó en “[...] hacer grandes filtros que purifiquen las aguas y de conducir las luego por tuberías de hierro, para que la higiene pública esté a cubierto de todo peligro” (Ospina, 1966; p.282), pero que solo pudo realizar por su propia cuenta en la segunda década del siglo XX.

CUADRO 2.(continuación)

Año	Actividad
1913	Acuerdo No. 44. Contrato para la elaboración del Plano municipal y el mejoramiento de la red vial, que permitiera menor deterioro de los servicios de acueducto y alcantarillado
1913	Acuerdo No. 50. Contrató con el ingeniero francés René Rigal para hacer el estudio para el rediseño del acueducto municipal, así como el cálculo de inversiones, tarifas y otros aspectos del servicio
1913	Acuerdo No. 127. Se inicia las obras del nuevo acueducto con tubería de hierro y nuevo alcantarillado
1913	Ordenanza 42 de la Asamblea Departamental. Municipalización del servicio de teléfonos
1914	Se crea la Junta Directiva de Acueducto que planifica, invierte y administra
1916	Acuerdo 51. Aprobación de empréstito para terminar obras importantes de acueducto
1917	Se inició la construcción de la red de tubería metálica que mejoraría ostensiblemente la calidad del agua
1917	Municipalización del servicio de teléfonos y se liquidó la Compañía Telefónica de Medellín.
1918	Municipalización de la Compañía de Instalaciones eléctricas, que a partir de allí se llamaría Empresas de Energía Eléctrica, administrada por una Junta directiva nombrada y coadministrada por el Concejo.
1918	Acuerdos 25 y 63. Nuevos empréstitos para el servicio de agua a través de la Empresa de Acueducto
1919	Acuerdo No. 57 del 14 de abril. Se constituye las Empresas Municipales de Medellín conformada por la Empresa de Acueducto y la Compañía.

Fuente: elaboración propia con base en Uribe y Valencia (2005)

### III. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1936

En 1936 se dio un giro fundamental en la intervención del Estado en la economía. La Reforma Constitucional obligó al Estado a establecer cambios en la forma como se relacionaba con los municipios y los ciudadanos, especialmente con los servicios públicos domiciliarios. En estos se aprecia el nuevo rol del Estado, que sería el de intervencionista, fomentando la actividad y regulándola a través de sus ministerios. La Reforma inició el período de concepción de que el Estado era el que debería fijar las tarifas de servicios públicos, pues se pensaba que debido a su naturaleza monopólica podían permitir que los prestadores abusar de esta posición, “imponiendo condiciones que excedían los justos límites de la conveniencia colectiva y de la



moral comercial” (Ochoa, 1989; p. 9). La idea de intervencionismo Estatal quedó plasmada en el artículo 32 de la Reforma donde señala que la fiscalización de tarifas y reglamentos de servicios públicos quedan sometidos al control del Estado<sup>12</sup>.

Desde la década de 1920, gracias a los “cuantiosos” recursos que recibió Colombia por la indemnización de la pérdida de Panamá<sup>13</sup>, el Gobierno Nacional venía realizando grandes inversiones, que posibilitaron la modernización de los sistemas de telégrafo, la introducción de la radiodifusión y la reorganizaron los ministerios de Correos y Telégrafos y de Obras Públicas (Otero, 1989; p. 8). Al llegar el decenio de 1930 el Gobierno, tanto nacional como local, recurrió a empréstitos internacionales, con el objetivo de ampliar las inversiones en servicios. Según García, “los presupuestos de gastos y apropiaciones evidencian el enorme volumen de las erogaciones destinadas al ramo de obras públicas y a la cobertura de la deuda ocasionada por aquellas inversiones canalizadas, en su mayor parte, para financiar la construcción de centrales hidroeléctrica y demás obras públicas de similar envergadura” (García, 2000; p. 111)<sup>14</sup>.

Es decir, desde 1930 y hasta 1946, en el llamado período de la República Liberal, los servicios públicos domiciliarios hicieron el tránsito hacia la estatización. Este período, que se inició con el Gobierno de Enrique Olaya Herrera (1930-1934), se caracterizó por un revolcón en las estructuras económicas, políticas y sociales, que permitió que el país se nivelara con el desarrollo que el siglo XX tenía en otros países (Tirado, 1999; p. 3). La *Crisis de los años treinta* obligó a los gobiernos de aquel momento a afrontar los problemas sociales, industriales y de comercio exterior de una manera rápida y planificada. Siendo el presidente más representativo de este período el de Alfonso López Pumarejo, con la llamada *Revolución en Marcha* y la Reforma Constitucional de 1936.

El efecto inmediato de la Reforma fue la aparición de importantes leyes como la 109 de 1936, con la cual se creó la Sección de Empresas de Servicio Público (adscrita al Ministerio de Industrias), para que ejerciera el control técnico y económico de las empresas del sector. Además, se autorizó la inclusión de partidas en el presupuesto nacional para asegurar la ampliación de la cobertura del servicio por parte de economías mixtas del nivel municipal (artículo 19 de la misma Ley). En este

---

12 A pesar de los avances este mandato constitucional solo quedaría plasmado completamente, 32 años después, en 1968, cuando se crea la Junta Nacional de Tarifas.

13 La indemnización fue de 25 millones de dólares que el gobierno de Estados Unidos dio a Colombia por la separación de Panamá, a esta indemnización se le llamó Danza de los millones y fue durante el Gobierno de Pedro Nel Ospina (1922-1926).

14 En Medellín un ejemplo de estas grandes inversiones lo constituye la central hidroeléctrica Guadalupe, aprobada en octubre de 1930, y construida en con el fin de lograr el mejor estado posible de las Empresas Públicas Municipales.

periodo el Gobierno Nacional financiaba los sistemas de acueductos con auxilios parlamentarios, y estos aunque eran precarios y arbitrariamente distribuidos, se convirtieron para los municipios en un valioso instrumento de mejoramiento de los servicios y reducción de las tensiones sociales.

Otras normas importantes fueron las leyes 198 de 1936 y 6 de 1940, donde se estableció que era responsabilidad exclusiva del Gobierno Nacional la prestación del servicio de telefonía, transformándose las empresas en estatales del orden municipal, departamental y municipal (DNP, 1999) (Cuadro 3). Pero la más importante de todas fue, tal vez, la Ley 126 de 1938, que prescribió el más alto grado de intervencionismo estatal en la industria hasta ese momento: sustituyó la Sección de Empresas de Servicio Público por el Departamento de Empresas de Servicio Público. La Nación debía a partir de allí hacer aportes condicionales o de contrapartida a la industria, exclusivamente para efectos de inversión; los gastos de funcionamiento, mantenimiento y ensanche corrían por cuenta exclusiva de la empresa o el respectivo municipio<sup>15</sup>.

Finalmente, el Estado comenzó a apoyar la industria mediante el suministro de fondos que estimularan el ahorro y la inversión sectorial, local y regional. Esto quedó establecido en el Decreto 503 de 1940 cuando creó el Fondo de Fomento Municipal. Este Fondo, adscrito al Ministerio de Hacienda y financiado con impuestos de destinación específica y recursos de crédito interno, financió la construcción de acueductos e infraestructura en un 20 % a los municipios y en un 50% a los departamentos (Tobón y Valencia, 2006); “una vez terminadas las obras y autorizados los créditos, los sistemas debían pasar a manos de la administración municipal” (Cuervo, 1997; p.12).

De esta forma, y después de 1940, aumentaría la participación del Gobierno en la presentación de los servicios públicos domiciliarios, convirtiendo en el promotor de su desarrollo, a través de las entidades oficiales, especialmente por los municipios. Adicionalmente, en este periodo se forma y consolida el concepto de servicio público domiciliario en Colombia, planteado socialmente como necesidad, el cual debe ser garantizado en su suministro por el Estado bajo ciertas características. Por ello, la Nación fue el principal responsable de recaudar los fondos para las inversiones que, aunque modestos, permitieron la estabilidad y el crecimiento de las conexiones domiciliarias.

---

15 Según esta Ley, el Gobierno Nacional podía intervenir en calidad de accionista de empresas departamentales y municipales para efectos de la construcción de grandes centrales hidroeléctricas; además, debería ser consultado para la composición de la junta directiva de las empresas donde participara, convirtiéndose en garantizador de los intereses del servicio público y de los particulares con derecho en la empresa (artículo 21).

CUADRO 3. COLOMBIA: ESTATIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, 1923-1950

Año	Actividad
1923	Ley 31. Creación del Ministerio de Correo y Telégrafos
1928	Ley 113. Declaración de utilidad pública de las caídas de agua e inversiones en energía eléctrica
1931	Decreto 1551. Regulación de tarifas y concesiones para la explotación del servicio eléctrico
1936	Ley 198. Responsabilización del Estado de la prestación del servicio de telefonía
1936	Reforma Constitucional. Se incrementa el intervencionismo Estatal, en las inversiones y regulación tarifaria, a través del Ministerio de Obras Públicas
1936	Ley 109. Ampliación a todo el país de la Ley 113 de 1928 para el control técnico y económico de las empresas del sector y se creó la Sección de Empresas de Servicio Público (adscrita al Ministerio de Industrias)
1938	Ley 126. Sustitución de la Sección de Empresas de Servicio Público por el Departamento de Empresas de Servicio Público
1940	Ley 6. Nacionalización del servicio de telecomunicaciones y creación de una única empresa.
1940	Decreto 503. Se crea el Fondo de Fomento Municipal, adscrito al Ministerio de Hacienda y financiado con impuestos de destinación específica y recursos de crédito interno.
1946	Ley 80. Creación del Instituto Nacional de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico —Electroaguas—
1947	Decreto 1684. Compra por el Estado de la Compañía Telefónica Central y se crea la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Telecom)
1947	Decreto 2702. Se adscribe Electroaguas, en su parte técnica, al Ministerio de Obras Públicas y, en su parte económica, al Ministerio de Economía Nacional
1950	Decreto 1233. Creación de la Empresa Nacional de Radiocomunicaciones, empresa que pronto fue integrada a Telecom
1950	Decreto 289. Se transforma el Fondo de Fomento Municipal en el Instituto de Fomento Municipal —Insfopal— (posteriormente Instituto Nacional de Fomento Municipal (Insfopal))

Fuente: elaboración propia con base en Uribe y Valencia (2005)

#### IV. LA CREACIÓN DE EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN EN 1955

Continuando con la historia de la segunda sección, a partir de 1920 (con el Acuerdo 34 del 18 de febrero) se instauró en Medellín el período de municipalización de servicios públicos domiciliarios. Este año se crea la Junta de Empresas Públicas Municipales, encargada de manejar las siete empresas que tenía el municipio y de negociar con la Gobernación Departamental la transferencia de los derechos de la Empresa de Instalaciones Eléctricas de Medellín y la prestación del servicio de alumbrado público para las vías de la ciudad (García, 2000; p. 135). De esta manera el municipio logró dotar tanto a la industria como a la población de servicios que eran necesarios para su desarrollo y crecimiento económico.

Sin embargo, dado el dinamismo de la ciudad fue necesario continuar en las siguientes décadas con importantes inversiones que dotaran a las empresas de adecuadas infraestructuras para la prestación de los servicios. Las inversiones fueron posibles gracias a los esfuerzos fiscales y al superávit del municipio: se cobraron impuestos a los vehículos, sobre la renta, la tasa de aseo, el arrendamiento de alcantarillas y las contribuciones de valorización. Con estos recursos se financió la construcción de la primera planta de clorificación del acueducto de Medellín en 1925, la ampliación del servicio de acueducto a barrios marginados en 1928, la realización de estudios sobre almacenamiento de agua potable y la modernización de la planta de teléfonos de la ciudad. Pero tal vez la inversión más importante lograda fue la construcción de la central hidroeléctrica Guadalupe, en el decenio de 1930, en la cual, además de los recursos propios, se recurrió a empréstitos internacionales con el fin de lograr el mejor estado posible de Empresas Públicas Municipales.

Dada estas cuantiosas inversiones, el Gobierno Nacional en 1931 pidió cuentas al Municipio, encontrando que este tenía problemas económicos graves<sup>16</sup>; y en lugar de pedirle a este que se declarara en moratoria, lo apoyó responsabilizándose de estas deudas. También la Gobernación de Antioquia se solidarizó con el Municipio y le canceló algunas deudas que tenía, a pesar de la crisis en la que ella también se encontraba. Estas ayudas nacionales y regionales le permitieron a este continuar con el pago de sus empleados y realizar inversiones en los servicios que continuaron creciendo hasta llegar a la mitad del siglo. El

---

16 En 1947 todavía la situación de la moratoria de la deuda externa del municipio de Medellín no se había solucionado y fue necesaria arreglos con los acreedores mediante el Acuerdo 10 del 18 de junio de 1947.

balance que Ospina (1966) hace de los últimos años de la década de los treinta y los primeros de la década del cuarenta es que esta fue la edad de auge de las Empresas Públicas Municipales de Medellín: se logró ampliar la Central Hidroeléctrica de Guadalupe (1938-1943), la instalación de la telefonía automática (1940), el montaje del tanque de agua de La Ladera (1940), la inauguración de la planta de tratamiento del acueducto en Villa Hermosa (1943), la construcción de la represa de Piedras Blancas (1947), el estudio de cinco alternativas para nuevas hidroeléctricas, una de ellas la de Riogrande (1940)<sup>17</sup> y las negociaciones sobre el pago y amortización de la deuda.

Al llegar la década de 1940 el municipio contaba con una gran empresa, que debido a su complejidad era necesario pensar en su división. Fue así como el Concejo Municipal decidió en 1941 la división de las empresas en tres secciones: una dedicada a la energía eléctrica; otra, a teléfonos, tranvía y acueducto; y la última, a mercado, matadero, feria y planta de leche, el Montepío (donde se empeñaban las pertenencias de los habitantes), el tejar y la fábrica de tubos. Cada sección contaba con su propia junta y gerencia. Esta organización prevaleció hasta inicios de los cincuenta cuando volverían a producirse cambios significativos en la administración y organización de las Empresas Públicas (Uribe y Valencia, 2005).

En 1953 de nuevo se reúne el Concejo y después de muchas discusiones a prueba la creación de Empresas Públicas de Medellín, mediante el Acta No. 30 del 28 de abril de 1955. Esta Acta autorizó la creación de un establecimiento público autónomo, que no dependiera directamente del Concejo, siendo propiedad del Municipio. La nueva Junta estaría encargada de administrar los servicios públicos de energía eléctrica, acueducto, alcantarillado y telefonía. Finalmente, el 5 de agosto de este mismo año se creó definitivamente las EPM (Acuerdo No. 58 y Decreto 375 de la Alcaldía Municipal) y un año después, en 1956, se inicia su funcionamiento administrativo. Junto a ésta nueva empresa, se creó también Empresas Varias (Acuerdo No. 26 del 7 de mayo de 1955), que se encargaría de tomar los servicios públicos que las empresas anteriores tenían (Matadero, ferias, mercados, transporte, recolección de basuras y aseo) y que, a diferencia de las EPM, serían dirigidas por el Alcalde, algunos concejales y algunos miembros del Consejo Administrativo (Cuadro 4).

---

17 Es particularmente importante la construcción de la hidroeléctrica Riogrande debido a dos factores: i) a que el proyecto se construiría en un lugar donde el municipio no tenía jurisdicción (Municipios de Santa Rosa y Donmatías), no exentas de intereses económicos personales y de matiz claramente político y ii) a que la discusión que se dio en la Cámara de Representantes donde se defendió el proyecto como necesario para mantener la independencia económica y política del país.

**CUADRO 4. MEDELLÍN: CONSOLIDACIÓN DE LA MUNICIPALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS EN MEDELLÍN, 1925-1956**

año	Actividades
1925	Construcción de la primera planta de clorificación del acueducto.
1928	Ampliación del servicio de acueducto a barrios marginados.
1938	Se inicia la ampliación de la Central Hidroeléctrica de Guadalupe
1940	Instalación de la telefonía automática
1940	Montaje del tanque de agua de La Ladera
1941	Se dividió las Empresas Municipales en tres secciones: 1) Energía Eléctrica, 2) Teléfonos, Tranvía y Acueducto y 3) Mercado, Matadero, Feria, Planta de leche, Montepío, tejar y Fábrica de Tubos.
1943	Inauguración de la planta de tratamiento del acueducto en Villa Hermosa
1947	Construcción de la represa de Piedras Blancas
1940	Estudio de cinco alternativas para nuevas hidroeléctricas, una de ellas la de Riogrande) y las negociaciones sobre el pago y amortización de la deuda
1955	Acuerdo No. 26 del 7 de mayo. Creación de Empresas Varias,
1955	Acuerdo No. 58 y Decreto 375 de la Alcaldía municipal. Creación de las Empresas Públicas de Medellín por cuatro entidades Energía, Acueducto, Alcantarillado y Teléfonos.
1956	Inicio del funcionamiento administrativo de las EPM

*Fuente:* elaboración propia con base en Uribe y Valencia (2005)

## V. LA LEY 142 DE 1994 O LEY DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Desde la creación de las Empresas Públicas de Medellín, en 1955, y hasta la aparición de la Ley 142, en la ciudad coexistió una doble condición de intervención del Estado en lo relacionado con los servicios públicos domiciliarios. Por un lado, se mantuvo la intervención del Estado central, a través del Insfopal, que se encargaba de hacer muchas inversiones en los diversos subsectores de estos servicios; por el otro, la intervención del Gobierno local, a través, de las empresas municipales. Este fue un periodo de dominio absoluto del Estado, que se mantendría durante 40 años,

y que solo se modificaría recientemente, fruto de un acumulado de situaciones que propiciaron una reforma institucional definitiva.

La aparición de la Ley 142 de 1994, que cambiaría ostensiblemente la forma como se prestan los servicios públicos domiciliarios, fue el resultado de la confluencia de una serie de procesos políticos-económicos que se pueden condensar en cuatro: 1) El proceso de descentralización, que colocó al municipio como la entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado; 2) La nueva Carta Política de 1991, donde se abrieron paso nuevos conceptos y orientaciones políticas; 3) La crisis energética, evidenciada, primero en el apagón eléctrico en 1982 y luego diez años después en 1992, que mostró los serios problemas en el sistema; y 4) La Apertura Económica y modernización del Estado, que traería mayor capital privado (nacional o extranjero) para aumentar inversiones y con ello calidad y cobertura y dejaría al Estado en el papel de regulador. Veamos a continuación cada uno de los factores anteriores.

El primer factor, como se dijo, fue la descentralización administrativa, fruto de la reforma política de 1986. Allí se estableció la elección popular de alcaldes y gobernadores y se delegó a estos la prestación de un variado conjunto de servicios sociales; para ello se les transfirió recursos fiscales, buscando dotarlos de medios para atender sus responsabilidades. En el tema de los servicios públicos domiciliarios, la descentralización fiscal abrió la primera puerta a modelos más flexibles de gestión de las empresas de acueducto y alcantarillado, que reflejaran mejor la heterogeneidad socioeconómica de las entidades territoriales y nacionales y que promoverían la autonomía local.

El segundo factor fue la Constitución Política de 1991. En esta quedaron consignados como prioridad del Estado la satisfacción de las necesidades básicas, entre ellas el servicio público de agua potable y saneamiento básico. La nueva filosofía constitucional sugirió al Estado iniciar la transformación y modernización del sector, que tomara ciertas medidas que favorecieron y aceleraron la implementación de sistemas y gestión modernos de los servicios públicos en el país, por ejemplo, el fomentó de la competencia en la oferta de los servicios, ya fuera desde empresas públicas, privadas o mixtas, para que fuera el mercado el que fijara los precios, teniendo en cuenta que la regulación era potestad del Estado (Valencia, 2004).

El tercer factor fue la crisis energética. El racionamiento de energía puso en evidencia una serie de errores técnicos, de planeación, de corrupción y de inadecuadas decisiones políticas, hechos utilizados para insistir en la ineficiencia del sector público y "demostrar" la privatización como la mejor de las soluciones. Las coberturas se habían estancado, como fruto de la inestabilidad institucional padecida por el sector desde 1987 cuando se ordenó liquidar el Infopal. Los costos de prestación de los servicios habían aumentado aceleradamente, como resultado del creciente servicio

de la deuda externa. En estas circunstancias, las condiciones no podían ser mejores para demostrar la incapacidad del sector público y justificar una reforma radical.

Finalmente está el proceso generalizado de apertura económica y modernización del Estado. El proyecto de ley presentado por el Gobierno Nacional al Congreso de la República desde 1991 pretendió, en su versión e intencionalidad más originales, abrirle las puertas a la participación del capital privado, sea éste nacional o internacional, y reducir el papel del Estado en la prestación de éstos servicios. No es una mera imposición del capital internacional, aunque éste haya tenido mucha influencia. Tampoco es un proceso completamente original y fruto de la lucidez y brillantez de nuestros ideólogos políticos y económicos. Es el resultado de una confluencia de múltiples factores, el saldo preciso de una serie de conflictos domésticos.

El resultado de todos estos factores fue la expedición de la Ley 142 de 1994, que tenía como fin solucionar los problemas de eficiencia, cobertura y calidad de las empresas existentes. Además, eliminar problemas de interferencia política en el manejo de éstas empresas y darles más autonomía; asignar más responsabilidades a las empresas de servicios públicos; introducir competencia y luchas por brindar servicios a menores precios y con mayor calidad; generar una mayor adquisición de tecnología, mejorando los procesos de gestión administrativa y empresarial; permitir una mayor capacidad de endeudamiento y de recursos y con ello mayores posibilidades de inversión (plantas nuevas en las zonas de expansión poblacional, tratamiento de aguas, subcontratación de algunos servicios, etc.); incrementar sustancialmente las coberturas y de la calidad de la prestación de los servicios; permitir la costeabilidad de los servicios, evitando en lo posible los subsidios generalizados; lograr la eficacia de la prestación de los mismos, al estar próximos su atención y su exigencia por parte de los diferentes clientes.

En este nuevo contexto, el Estado mejoró y creó instituciones que le ayudaran al manejo de los recursos en las labores de implementar políticas, planificar, cofinanciar y promover el desarrollo sectorial; también las de cumplir funciones de regulación, vigilancia y control sobre el mismo (Valencia, 2004). Entidades como los nuevos ministerios y viceministerios, las comisiones de regulación y las superintendencias. Resaltando el carácter de responsabilidad social del Estado, reconocen la necesidad de subsidiar a las personas de bajos ingresos y establece una división general de competencias entre niveles administrativos del Gobierno. Sobre esta base se desarrolla la Ley 142 de 1994, que regula en algún detalle la organización y operatividad de estos servicios y algunos instrumentos que pretenden estructurarlos, en especial los de agua potable y saneamiento básico (Cuervo, 1997).



De esta manera, el último periodo de reforma de los servicios públicos domiciliarios se caracteriza por que se orienta la concepción del servicio como industria y del agua, electricidad, telefonía y otros servicios como bien económico; se establece división de responsabilidad por niveles administrativos y por los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad entre ellos; se da una especialización funcional institucional a nivel de responsabilidades nacionales; se determina responsabilidad local para garantizar la prestación del servicio y se abre la posibilidad de efectuarlo, a través, de varias alternativas, entre ellas la prestación privada; se incrementan las transferencias progresivas de los ingresos de la nación a los municipios; se amplía el esquema de financiación territorial por el establecimiento del Sistema Nacional de Cofinanciación como instrumento para garantizar la aplicación orientada de las políticas sectoriales nacionales; se determina el establecimiento de subsidios explícitos a la demanda; se regulan los derechos de los usuarios y el control social; se establece la libertad de competencia y el estímulo para la participación privada; se determina la naturaleza y régimen de las entidades prestadoras; y se unifican criterios de operación y responsabilidades de las comisiones de regulación, así como las funciones de control y vigilancia.

Hoy, después de 16 años de vigencia de la Ley 142 y a pesar de los continuos cambios que se le han introducido, esta ley se mantiene como una de las más sólidas instituciones de todas aquellas elaboradas en Colombia después de la década de 1990. A pesar de esto se pueden destacar dos asuntos que no fueron contemplados por la reforma y que hoy han transformado el sector: El primero es la inclusión en la regulación de otros servicios no domiciliarios como lo son el alumbrado público (Ley 143 de 1994), los móviles celulares, PCS y servicios de valor agregado (Decreto 1130 de 1999), la infraestructura de telecomunicaciones y energía que se utiliza para la prestación de servicios de televisión (Ley 680 de 2001) y el correo y postales (Ley 1360 de 2009); y el segundo es la transformación de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones en Comisión de Regulación de Comunicaciones (Ley 1341 de 2009).

En cuanto a Medellín, la transformación más importante en materia de servicios públicos domiciliarios ocurrió en 2005, cuando las Empresas Públicas de Medellín replanteó su mercado y configuró tres grupos estratégicos de negocio: Energía, Aguas y Telecomunicaciones. Este último servicio se escindió en julio de 2006 dando origen a EPM Telecomunicaciones S.A. E.S.P. (UNE). Esta transformación fue posible gracias a que la Ley permite la transición de las antiguas empresas públicas a mixtas o privadas y conformar sociedades anónimas por acciones; y a que las exigencias del mercado y las transformaciones tecnológicas del servicio.

En conclusión, después de la Ley 142 de 1994, las grandes transformaciones institucionales han tenido que darse en el subsector de las comunicaciones.

## CONCLUSIONES

Como se evidenció, la historia de cada uno de los servicios públicos domiciliarios en Medellín no es unificada, lineal y confluyente; a pesar de ello, la selección de los cinco cambios institucionales, en los 120 años de historia de estos servicios, permitió mostrar un comportamiento común: se inicia a finales del siglo XIX con una provisión de los servicios de forma privada, se pasa luego a una intervención pública cada vez más creciente por parte de los municipios y después del Gobierno Nacional, y luego de un dominio absoluto del Estado, finalizando el siglo XX se permite de nuevo la participación del sector privado, quien viene mostrando un interés cada vez mayor por su prestación, dejando al Estado el papel de regulador (Valencia, 2004).

Fueron cinco cambios institucionales, procedentes de distintos órdenes, que mostraron la incidencia fundamental que tienen las normas en la configuración y reconfiguración del sector de los servicios públicos domiciliarios. Cinco hitos seleccionados, que aunque pueden haber dejado otros por fuera, logran recoger la historia del sector en Medellín. Historia caracterizada, desde muy temprano, por la municipalización y “organizados en torno a una empresa moderna, en donde pronto se aplicaron las innovaciones administrativas y de infraestructura física y tecnológica que se fueron dando a lo largo del siglo XX” (García, 2000; p. 54).

De esta manera, y como se indicó al inicio, se espera que la elección de estos cinco hitos de cambios institucionales hayan servido para ilustrar los momentos decisivos en la historia de los servicios públicos domiciliarios en Medellín. Adicionalmente, el texto mostró la importancia que tiene el analizar los cambios institucionales, como estrategia metodológica, para construir la historia de estos servicios, a la vez que se resalta la trascendencia que tiene los cambios normativos en la configuración de la conducta social y de los mercados.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOTERO HERRERA, Fernando (1996). *Medellín 1890-1950. Historia urbana y juego de intereses*. Medellín: Universidad de Antioquia.

CUERVO G., Luis Mauricio (1988). “Prestación de los servicios públicos domiciliarios en Colombia. Una visión de largo plazo: 1938-1985”. En: *Economía política de Servicios Públicos. Una visión alternativa*. Bogotá: Cinep.

\_\_\_\_\_ (1993). *De la Vela al Apagón, 100 Años de Historia del Sector Eléctrico Colombiano*. Santafé de Bogotá: Cinep.

\_\_\_\_\_ (1997). *Industria y Ciudades en la era de la Mundialización*. Santafé de Bogotá: Tercer Mundo, Cider y Colciencias.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN (1999). *La telefonía local en Colombia*. Bogotá: Documento sectorial. Unidad de Infraestructura y energía.

GARCÍA ESTRADA, Rodrigo (Coord.) (2000). *El Concejo de Medellín. Protagonistas del desarrollo de la capital antioqueña 1900-1999*. Medellín: Instituto Tecnológico Metropolitano.

GAVIRIA TORO, José A. (1925). *Monografía de Medellín*. Tomo I. 1675-1925, Medellín: Imprenta Oficial.

GÓMEZ, Juan; Darío VARGAS y María ACOSTA (1985). *Empresas Públicas de Medellín fuente vital de bienestar y progreso*. Medellín: Empresas Públicas de Medellín.

HOOLEY, Margot (1996). *Telecommunications in Colombia*. Página virtual Institute of Information. Consultado en [www.vii.org](http://www.vii.org).

JARAMILLO, S. y CUERVO L.M., (1995). *Ciento veinte años de servicios públicos en Colombia*”, Bogotá: Cinep.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO (1997). *Servicios Públicos Domiciliarios: calidad de vida y construcción del Estado social de derecho*. Santafé de Bogotá, D.C.: Unidad de Investigaciones jurídico sociales “Gerardo Molina” Universidad Nacional de Colombia.

NORTH, D. (1993). *Instituciones, cambio institucional y desempeño Económico*. México: Fondo de Cultura Económica.

NULE AMÍN, Guido Alberto (1992). *Proyecto de ley eléctrica*. Santafé de Bogotá: República de Colombia, Ministerio de Minas y Energía.

OCHOA, Francisco (1986). “Problemas de la Configuración Institucional del Sector Eléctrico Colombiano”. En: *Revista de Planeación de Desarrollo, VI 8 NI mar*. Bogotá, DNP. pp. 5-35.

\_\_\_\_\_ (1989). “Problemática de tarifas: distorsiones en su percepción y falsas alternativas de solución”. En: *Foro Nacional sobre servicios públicos*. Bogotá, julio

26-27 de 1989. Asociación Colombiana para la modernización del Estado. *Foro Nacional sobre servicios públicos*. Bogotá, julio 26-27 de 1989.

OSPINA, E. Livardo (1966). *Una vida, una lucha, una victoria. Monografía histórica de las empresas de servicio público de Medellín*. Medellín: Editorial La Colina.

OTERO PRADA, Diego (1989). “La expansión de los servicios públicos: Reto del Futuro”. En: *Foro Nacional sobre servicios públicos*. Asociación Colombiana para la modernización del Estado. Bogotá, julio 26-27 de 1989.

ROJAS Fernando y GONZÁLEZ, Jorge Iván (1988). Introducción al problema de los servicios públicos. En: Cuervo, Luis Mauricio *et. al. Economía política de los servicios públicos. Una visión alternativa*. Bogotá: Cinep.

TIRADO MEJÍA, A. (1999). “Enrique Olaya Herrera. Irrumpe la república liberal”. En: *Lecturas Dominicales de El Tiempo*. 7 de marzo.

TOBÓN, David y VALENCIA AGUDELO, Germán Darío (2006). *La participación privada en la provisión del servicio público de agua potable: el caso de cinco municipios de Antioquia*. Medellín: Centro de Investigaciones Económicas, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Antioquia.

URIBE, María Teresa y Germán Darío VALENCIA AGUDELO (2005). “Tensiones y dilemas en la prestación de los servicios públicos domiciliarios: entre lo público, lo privado y lo estatal”. En *Letras Jurídicas*, Vol. 10, No 1, Marzo de 2005. Empresas Públicas de Medellín.

VALENCIA AGUDELO, Germán Darío (2004). “Metamorfosis del Estado: de empresario a regulador: El caso de los servicios públicos domiciliarios en Colombia”. *Ecos de Economía*. Marzo de 2004. No. 18.

\_\_\_\_\_ (2006). “Economía política del servicio público de agua potable en Colombia”. En: Álvaro SÁNCHEZ BRAVO (Comp.) *Agua: Un Recurso Escaso*. ArCiBel Editores y Universidad de Sevilla: Sevilla.



Autora: Adriana Botero Martínez

Título: Hopperiana

Técnica: Plancha de linóleo  
con intervención digital

Dimensión: 9 x 19

Año: 2006

## ***EXPERIENCIAS METODOLÓGICAS EN PROCESOS INVESTIGATIVOS EN DERECHO\****

---

\* Este artículo es producto de la investigación terminada *Usos de las metodologías de investigación en el derecho*. Inscrita en el Sistema Universitario de Investigación de la Universidad de Antioquia y financiada por el Comité para el Desarrollo de la Investigación (CODI) de la misma universidad por convocatoria para proyectos de menor cuantía en el año 2004. El informe final fue aprobado en el Acta N°. 03 del 18 de marzo de 2009, emitida por el Comité Técnico de Investigaciones.

Fecha de recepción: septiembre 13 de 2010

Fecha de aprobación: octubre 26 de 2010

## EXPERIENCIAS METODOLÓGICAS EN PROCESOS INVESTIGATIVOS EN DERECHO

*Olga Lucía Lopera Quiroz\*\**

### RESUMEN

Una de las inquietudes que orientaron las búsquedas en la investigación *Usos de las metodologías de investigación en el derecho*, fue acerca de las experiencias metodológicas en procesos investigativos en derecho. Con tal fin, se solicitó a alguno(a)s investigadores autores de los resultados de investigación revisados, compartir sus experiencias en dichos procesos, pues, en general, los productos de investigación publicados no muestran las reflexiones cotidianas de los investigadores frente a sus prácticas investigativas. Este artículo, entonces, da cuenta de la información compartida por los sujetos participantes en la investigación.

**Palabras clave:** procesos metodológicos, prácticas investigativas

## METHODOLOGICAL EXPERIENCES IN INVESTIGATIVE PROCESS IN LAW

### ABSTRACT

One of the questions that oriented searches in the investigation '*Uses of the investigation's methodologies in the law*' was about the methodological experiences in investigative process in law. With this object, was solicited to some investigators, authors of the results of checked investigations, share their experiences in those process, because, in general, the investigation's products published don't show the daily reflections of the investigators front to their investigative practices. This article, then, gives count about information shares by the participant subjects in the investigation.

**Keywords:** Methodological process, investigative practices.

---

\*\* Profesora coordinadora de la línea *Investigación y Derecho* del grupo de investigación *Derecho y Sociedad* adscrito a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

# EXPERIENCIAS METODOLÓGICAS EN PROCESOS INVESTIGATIVOS EN DERECHO

## INTRODUCCIÓN

Para lograr identificar *Usos de las metodologías de investigación en el derecho*, el desarrollo del proyecto de investigación se ocupó de construir un marco teórico y aplicar estrategias metodológicas para la obtención de los datos y técnicas para el análisis de los mismos.

El marco teórico partió, entre otras, de tres ideas metodológicas: la primera fue dada por Taylor y Bogdan al afirmar que “Nuestros supuestos, nos llevan a elegir una u otra metodología” (1996, p. 15), es decir, que desde el principio, se dio por cierto que existen diversas maneras de abordar los objetos o sujetos en estudio y que estas responden a los supuestos con los que nos acercaremos a ellos.

La segunda la aportó Galindo al sostener que “La investigación es un proceso de creatividad reflexivo” (1998, p. 11), en este sentido, se reconoció que la práctica investigativa puede llegar a convertirse en el recorrido de un laberinto en el que el investigador debe encontrar la salida, por tanto, tendrá que dejar brotar su creatividad y disponerse a realizar cambios en el proceso investigativo.

Y la tercera, fue señalada por Ragin al advertir que “las ideas nos llevan a caracterizar y usar las pruebas empíricas de diferentes formas” (2007, p. 112), esto para mantener presente que la teoría es determinante para la lectura y análisis de los datos que obtenemos en las investigaciones.

En cuanto a las estrategias metodológicas y técnicas para el análisis, la investigación se dirigió al estudio de unidades de análisis documentales y a la realización de entrevistas semiestructuradas<sup>1</sup>. En el acápite siguiente en este texto, se expone lo atinente a la obtención de datos con la participación de sujetos que realizan investigación en derecho y a las técnicas para el análisis. Finalmente, se presentan

---

1 El artículo *Usos de las metodologías de investigación en el derecho*, publicado en la Revista Estudios de Derecho N°. 147 de junio de 2009, da cuenta de los hallazgos en la revisión documental, por tal razón, los datos que en este texto se utilizan, sólo son producto de la información relacionada con las entrevistas.

resultados y conclusiones correspondientes a las experiencias metodológicas en procesos investigativos en derecho.

## 1. METODOLOGÍA

La primera estrategia metodológica que se siguió en este proceso investigativo, fue la ubicación de las fuentes documentales escritas<sup>2</sup>; la segunda, fue la realización de entrevistas semiestructuradas cara a cara. Ahora, en la práctica investigativa, fue necesario modificar la técnica inicialmente planteada para la obtención de datos orales. Este apartado se refiere a lo que sucedió con esta segunda estrategia.

Para comenzar, en el proyecto de investigación era claro que se iba a entrevistar por lo menos uno de lo(a)s investigadoras de los doce grupos de investigación seleccionados según los criterios para la conformación del *corpus*; luego, se pasó a definir las preguntas que se aplicarían a todo(a)s las entrevistadas y se empezó la tarea de contactarla(o)s. La primera dificultad encontrada en el proceso investigativo, fue lograr obtener información oral de todos los grupos, pues algunos, aunque muy visibles en publicaciones, no fue posible ubicarlos para que brindaran entrevista.

La segunda dificultad fue con respecto a la realización de la entrevista semiestructurada cara a cara a todo(a)s las investigadoras dispuestas a brindar información. Alguno(a)s se encontraban por fuera del país y estaban dispuestas a aportar su experiencia metodológica en los procesos investigativos en derecho, así que se decidió elaborar un formulario guía que se les envió por correo electrónico. En todo caso, el formulario contenía las mismas preguntas que se hicieron a los entrevistados cara a cara y fue enviado también a algunos investigadores que se encontraban en Colombia. En la comunicación enviada a los investigadores se les preguntó por:

- Metodologías utilizadas,
- marcos teóricos planteados para iniciar sus investigaciones o construidos a medida que avanzaban en la investigación,
- fuentes usadas,
- instrumentos usados para registrar la información,
- tipos de análisis utilizados,
- elementos tenidos en cuenta para presentar informes finales de investigación,

---

2 Sobre este aspecto da cuenta el artículo referido en la anterior nota al pie.



- vivencias en las búsquedas de información,
- acompañamiento por parte de estudiantes en la ejecución de sus investigaciones,
- experiencia en el trabajo con los estudiantes,
- el proceso de escritura en los informes de investigación,
- las angustias y alegrías más sentidas en los procesos investigativos.

La información no documental se obtuvo finalmente de la siguiente manera: mediante dos entrevistas individuales cara a cara, una entrevista telefónica, cuatro respuestas de formularios enviados por correo electrónico y una entrevista grupal a la que asistieron siete investigadores integrantes de uno de los grupos seleccionados; es decir, en total fueron catorce las personas que brindaron datos sobre sus experiencias metodológicas en procesos investigativos en derecho.

También es necesario advertir en este apartado metodológico, que desde el principio se dijo a los entrevistados que los hallazgos investigativos serían compartidos con ellos antes de cualquier circulación de la información brindada. Elaborado el informe final, fue enviado a los investigadores para su revisión.

Por último, en cuanto al análisis de los datos obtenidos por medio de la aplicación del formulario guía, en síntesis lo que se hizo fue: primero, organizar la información a partir de las preguntas planteadas; luego, se ordenaron los datos que aportaban información diferente a la inicialmente buscada; después, la información fue contrastada con lo encontrado en las fuentes documentales revisadas, lo cual permitió enriquecer lo atinente a los *Usos de las metodologías de la investigación en el derecho*, pues de estas, tal como se planteó en el proyecto, poco se habla en los informes finales de investigación.

Lo que se logra es, a partir de una reflexión guiada por las preguntas planteadas, usar las respuestas para establecer un diálogo entre las ideas iniciales y los datos recolectados y hacer un análisis del discurso *Tras las líneas* (Cassany, 2006). Aquí se presentan los datos más significativos para el objeto de investigación, producto de dicho diálogo y del citado análisis; no se expone el contraste entre las fuentes orales y escritas.

## 2. RESULTADOS

“La ciencia es ante todo un mundo de ideas en movimiento”

(Jacob, 1998, p. 163)

Tal como se anunció en la introducción de este artículo, el marco teórico partió, entre otras, de tres ideas metodológicas: 1) “Nuestros supuestos, nos llevan a elegir

una u otra metodología” (Taylor y Bogdan, 1996, p. 15); 2) “La investigación es un proceso de creatividad reflexivo” (Galindo, 1998, p. 11) y 3) “las ideas nos llevan a caracterizar y usar las pruebas empíricas de diferentes formas” (Ragin, 2007, p. 112); los resultados que aquí se exponen, incluyen las tres ideas planteadas y las respuestas dadas por los investigadores sobre sus experiencias metodológicas en los procesos investigativos en derecho, veamos lo que se encontró.

Uno de los investigadores entrevistados, al preguntarle por las metodologías que ha utilizado en sus procesos investigativos, dijo: “La selección del tipo de metodología que uso depende fundamentalmente del problema de investigación que haya formulado y, claro, del marco teórico en que se fundamenta tal formulación”, su respuesta muestra que en sus consideraciones para elegir una metodología u otra, están el problema y el marco teórico, este último es conocido también como los ‘supuestos teóricos’ que orientan el análisis de la información, es decir que, el investigador llega a la metodología con un problema previamente planteado y unos supuestos teóricos que orienten su proceso investigativo.

Ahora, el trabajo interdisciplinar en las investigaciones, fue una preocupación explícita de varios de los investigadores; dos situaciones han vivido en este caso: una, cuando sus objetos de estudio y supuestos teóricos los ha llevado a convocar y manifestar su interés de compartir en los procesos investigativos con disciplinas diferentes al derecho; y dos, cuando la práctica investigativa les ha mostrado la necesidad de usar supuestos teóricos de otras disciplinas, los cuales, a su vez, han hecho que se revisen los diseños metodológicos en uso. Textualmente así se afirmó por parte de algunos de los investigadores: “Para el enriquecimiento metodológico [...] el encontrarse con otras disciplinas es clave”, “La interacción con otras disciplinas enriquece mucho más el discurso jurídico, esto lleva a salir del tema solamente normativo para verlo desde otras perspectivas”.

A los investigadores los acompañan también supuestos diferentes a los teóricos, son los supuestos que los llevan a leer el mundo de la vida (Schutz & Luckmann, 2003) y a indagar más allá de los textos escritos, son las creencias con las que proponen sus proyectos de investigación y con las que esperan acercarse a realidades o cuestiones que no se responden con la sola lectura de la jurisprudencia, la doctrina o la normatividad jurídica. En este sentido se encontraron manifestaciones como:

- (1) “Sacar la investigación del sitio donde uno puede estar leyendo o frente al computador, esto permite identificar más problemas”,
- (2) “En las investigaciones se hacen denuncias, pero se va más allá al profundizar en la problemática abordada”,

- (3) “Hay que hacer investigaciones no solamente que se archiven o impacten en el mundo académico, sino también en el mundo real”,
- (4) “La investigación debe apuntar a una transformación social, puede ser que desde la academia se presenten propuestas que luego se vierten en normas”,
- (5) “Hay que hacer investigación en la que se relacione el derecho y la tecnología. El derecho está conviviendo con internet”,
- (6) “Cuando se hace investigación con trabajo de campo, se abre el mundo realmente, porque es que en el aula uno conoce cosas, pero cuando ya uno empieza a interactuar con el desplazado, con el indígena [...] el país está tan complejo que uno en un libro, en un aula no lo alcanza a dimensionar”.

Una lectura *Tras las líneas* de las expresiones citadas, puede llevar a identificar los siguientes supuestos (creencias):

- (1) Salir a la calle, salir de la oficina, salir de la biblioteca, salir del archivo, salir del aula, permite ver otros problemas, por tanto, plantear proyectos de investigación en los cuales se planteen preguntas que también lleven al uso de diversas estrategias metodológicas.
- (2) Una de las funciones de la investigación es hacer denuncias, profundizar permitirá ver lo que otros no han visto o ver con claridad lo que otros ven confuso.
- (3) Hay investigaciones que sólo son para archivar o impactar el mundo académico, hay que plantear proyectos de investigación que impacten en aspectos diferentes al académico.
- (4) La investigación puede producir transformaciones sociales y cambios normativos.
- (5) La pertinencia de las investigaciones puede darse por la actualidad de los problemas que se pretendan investigar.
- (6) Hay que hacer investigaciones por fuera del aula, investigaciones con enfoques interactivos que permitan dimensionar la complejidad del país.

Miremos lo hallado con relación a la investigación concebida como un “proceso de creatividad reflexivo” (Galindo, 1998, p. 11), concepción que es también una creencia que, en este caso, acogió quien realizó esta investigación y escribe este artículo. Los investigadores dijeron:

- (1) “Cada investigación es un proceso diferente, es una aventura nueva, con sorpresas, dificultades y nuevos retos. En la medida que se tiene más experiencia, se adquiere mayor conocimiento para observar qué información será más fácil o difícil de obtener. Aún así, en ocasiones la obtención de información es toda una tortura, en

unas ocasiones, porque hay demasiadas expectativas sobre la información que se busca, en otras porque se depende de voluntades y ritmos institucionales donde los funcionarios no entienden la importancia de la investigación que se realiza”,

- (2) “Imponer una metodología acaba con la creatividad, en el camino se pueden ir descubriendo nuevos tipos y más metodologías de análisis, de comparación, no desde un principio tenerla tan clara, sino a medida que se hace, crear cosas nuevas, innovar”,
- (3) “En las investigaciones se trata de hacer una creación, adoptar posiciones constructivas, de escritos críticos y no sólo de repetir lo que otros han dicho”,
- (4) “Uno construye sobre lo que otros han trabajado, no se parte de la nada”,
- (5) “Los estudiantes aportan a los procesos investigativos ideas que a uno ni se le ocurren”.

Algunas lecturas que pueden hacerse a partir de las citas anteriores son:

- (1) No hay procesos investigativos iguales. Los procesos investigativos son aventuras para las que no todo está dicho, por tanto, no sabemos qué podemos encontrarnos en el camino que emprendemos al iniciar la aventura. Hay que ser creativos para lograr acceder a las fuentes y convencer a otros de la importancia de algunas investigaciones.
- (2) Bien lo dice Bourdieu (2005), hay que estar atentos para no incurrir en el “fetichismo metodológico” (p. 59), el “imperialismo metodológico”, el “absolutismo metodológico” o el “sectarismo metodológico” (p. 60), que más bien entorpecen los procesos investigativos.
- (3) y (4) El investigador, hará uso de su creatividad para ver lo que otros no han visto y mostrar, con sus pruebas empíricas, lo que otros no han mostrado.
- (5) No sólo los investigadores avezados son creativos, los estudiantes también lo son y aportan a los procesos investigativos.

Y manteniendo presente que la teoría es determinante para la lectura y análisis de los datos (Ragin, 2007), algunos de los investigadores afirmaron que suelen tener “puntos de partida teóricos” para las indagaciones que emprenden; además, en general “revisan los estados del arte”. Otros advierten que “han ido construyendo marcos conceptuales en el mismo grupo” o se han presentado casos en los que “la pretensión de la investigación estuvo dirigida a construir un marco teórico nuevo para la aproximación a un objeto de investigación hasta el momento no estudiado”.

Asimismo, uno de ellos decía: “Me he cuidado mucho de no atarme de manera rígida a los marcos teóricos o a los enfoques metodológicos, pues creo que en el

proceso de investigación aparecen cosas nuevas que merecen ser observadas y analizadas con atención. Allí, en esos nuevos hallazgos, hay posibilidades de iniciar un diálogo interesante y fructífero con los marcos teóricos”.

También es de anotar que se valoró de manera positiva por parte de los investigadores que “se han abierto posibilidades por ejemplo desde internet para la construcción de marcos teóricos”, esto porque “Cada vez se tiene acceso a más fuentes, [...] al comienzo era una bibliografía muy local y cada vez se ha abierto un poco más, la información que hay cada vez sobre cada tema es mayor, esto nos lleva a ser cada vez más selectivos y verificar información”.

Finalmente, algunos de los investigadores señalaron que las pruebas empíricas han sido leídas teniendo en cuenta: “elementos de hermenéutica o interpretación jurídica en sus diferentes versiones y análisis de textos”, “Análisis de tendencias, progresivo y regresivo”, “análisis críticos”, “análisis documental”, “análisis cualitativo”, “análisis cuantitativo”, “análisis comparativos”.

Otras respuestas dadas por los investigadores sobre sus experiencias metodológicas en los procesos investigativos en derecho son:

- (1) “Es un deber en términos de honestidad intelectual, señalar cuáles son las fuentes con las que se está trabajando”,
- (2) “Las fuentes cambian, en el pasado eran libros, revistas de derecho, jurisprudencia, boletines; ahora las fuentes se amplían a blogs, ambientes de opinión, se accede más fácilmente a fuentes escritas en otros idiomas, las fuentes son más extensas y hay mayor acceso”, “Internet ayuda a la comunicación entre los integrantes de los grupos de investigación”,
- (3) “Ufff ... en general las investigaciones son para mí un enorme disfrute, lo que no quiere decir que no haya angustias”,
- (4) “Una angustia en el proceso investigativo es la que puede presentar el tema mismo cuando es novedoso y ha sido poco abordado. De todas maneras la dificultad se convierte en un reto para el investigador”,
- (5) “Me alegraba mucho saber que mis estudiantes comenzaban a sentir el mismo entusiasmo que yo sentía por nuestro tema de investigación. Y qué decir de aquellos momentos en que comenzábamos a encontrar información valiosa y a hacer reflexiones sobre esa información. Otro momento de alegría enorme es cuando esa investigación tiene impacto social y puede contribuir de algún modo en transformar la manera de ver las cosas. Finalmente, creo que hay varias clases de satisfacción. Hay una satisfacción que tengo como investigador y la siento cuando el resultado de la investigación es publicado y debatido. Pero

adicionalmente, hay una satisfacción que tengo como educador, y es cuando mis estudiantes comienzan a tomar vuelo propio, escriben sus textos, hacen sus trabajos de grado, comienzan a enseñar... Para mí es muy grato ver a algunos de esos y esas estudiantes en la actualidad trabajando como investigadoras y profesoras”,

- (6) “Las alegrías son absolutas, uno aprende, complementa mucho lo que aprende en el aula, es una experiencia de vida esta parte de la investigación, yo no diría tanto tristezas o inconvenientes que a veces uno ve que la investigación no se puede graficar ni estructurar como en tiempos [...] inconvenientes logísticos pero nada que no se pueda solucionar”,
- (7) “Es fundamental que varios investigadores lean nuestros trabajos y que los pares realicen observaciones sobre el texto”,
- (8) “Nosotros mismos también somos sujetos de nuestras investigaciones”,
- (9) [En cuanto a las búsquedas de información]. “Para resumir, varias de las lecciones aprendidas son las siguientes: informarse muy bien sobre el tipo de información que se va a buscar. Hablar con las personas que tienen acceso y manejo de esa información. Moderar las expectativas frente a la investigación; una es la investigación ideal y otra es la investigación posible. Cuando se trata de construir el sistema de información o bases de datos, y esa información depende de otras instituciones, hay que multiplicar el cronograma por dos o tres si la información se hace con estudiantes, o contar con auxiliares pagados que puedan dedicarse a la construcción de la base de datos”,
- (10) [En cuanto a la participación de los estudiantes en las investigaciones]. “En general he trabajado muy bien con los estudiantes. Tengo especial respeto y consideración por mis estudiantes, especialmente porque yo también fui estudiante y auxiliar de investigación. Parto de mi propia experiencia y recuerdo aquello que hubiera querido aprender y no pude, o lo que hubiera querido recibir de mis profesores y no recibí. Como pienso que se trata de un espacio de formación tanto académica como humana, tanto cognitiva como ética, considero que los estudiantes deben convertirse en miembros de un equipo de reflexión en lugar de ser tratados como instrumentos para conseguir información. Normalmente programo un espacio de lecturas dirigidas que ayudan a entender mejor el proyecto de investigación, así como el análisis que queremos hacer de nuestro trabajo. Además, entreno a los estudiantes en el tipo de trabajo que vamos a realizar y trato de acompañarlos en sus actividades, al menos en los momentos iniciales. Además, tenemos reuniones semanales o quincenales para monitorear el trabajo y

discutir el avance de la investigación. Al final, ellos deben escribir un texto académico que refleje la manera cómo relacionan lo que aprendieron con sus propias búsquedas”.

Las respuestas (1) y (2) que aluden a las fuentes, refieren dos situaciones: la primera de ellas, advierte que reconocer las voces de aquellos que traemos a las investigaciones que estamos realizando, “Es un deber en términos de honestidad intelectual”. La misma respuesta nos indica que en las investigaciones está la voz del investigador y la de aquellos que en forma oral o escrita nos brindan información sin la cual no podríamos realizar la investigación; por tanto, es un deber del investigador diferenciar las voces que participan en la investigación. Aquí, en todo caso, es necesario señalar que el tratamiento a las voces tendrá que ser dado con toda la responsabilidad y el compromiso ético que debe acompañar a lo(a)s investigadoras, así, por ejemplo, en los casos de las investigaciones en las cuales se obtienen datos orales, los nombres de los entrevistados sólo se usarán cuando ellos lo hayan consentido.

En cuanto a la segunda situación, podríamos decir que algunos investigadores han asociado la amplitud de opciones con respecto a las fuentes y la mayor posibilidad de acceso a ellas, con la tecnología, en particular con el uso de la red. Ahora, esta última situación hace pertinente advertir que, también el uso de la red debe regirse por la honestidad intelectual. Asimismo, bien vale la pena agregar que según algunas respuestas ya citadas en este artículo, los investigadores reconocen que en los procesos investigativos en derecho, también pueden convocarse fuentes orales, lo cual abre todavía mucho más las participaciones de fuentes distintas a las escritas.

Las respuestas (3), (4), (5) y (6), con relación a las angustias y alegrías vividas en los procesos investigativos, reflejan de nuevo, entre otras cosas, el ánimo creativo de los investigadores para iniciar sus aventuras investigativas; en particular, cuando asumen las dificultades del proceso como retos que sobrepasarán para llegar a concluir sus investigaciones. De todas maneras, una angustia en la que coincidieron algunos de los investigadores, está relacionada con el tiempo requerido para hacer la investigación y escribir artículos o los informes de avance e informes finales de la misma.

Ahora, las alegrías, como puede verse en las respuestas, están asociadas a varias situaciones: una, a la formación investigativa de otros, en este caso los estudiantes, es decir que el proceso investigativo se asume también como una oportunidad para enseñar; dos, a la publicación de los resultados de la investigación, pues es la posibilidad de que otros conozcan lo encontrado y de que, posiblemente, se emprendan acciones académicas, sociales o políticas a partir de dichos resultados y, tres, a la oportunidad de impactar socialmente con los hallazgos investigativos.

Con relación a las respuestas (7), (8), (9) y (10) se resalta lo siguiente: primero, el reconocimiento que allí se hace a la necesidad de contar con pares lectores de los informes de investigación que se presentarán a la comunidad académica y de escuchar sus observaciones; segundo, el reconocimiento de que en las investigaciones no sólo se transforman los sujetos que nos brindan información, sino, además, los investigadores mismos; el o la investigadora, es también un sujeto participante en la investigación; tercero, la conveniencia de reconocer que “una es la investigación ideal y otra la investigación posible”, es una invitación a considerar la factibilidad y viabilidad de los proyectos de investigación que presentamos; en este sentido, entre otras cosas, a pensar estrategias metodológicas que lo hagan posible; y cuarto, vale la pena resaltar la manera de concebir los procesos investigativos como “un espacio de formación tanto académica como humana, tanto cognitiva como ética” y la importancia de tratar a los estudiantes no como “instrumentos para conseguir información”, sino como personas que aportan a la reflexión que se vive en los procesos investigativos, esta es una invitación más que nos hace uno de los entrevistados en esta investigación.

Hasta aquí algunos de los resultados obtenidos por medio de las fuentes orales consultadas en la investigación *Usos de las metodologías de investigación en el derecho*. Como ya se anotó al comienzo de este artículo, lo que se presenta es un diálogo entre las tres ideas metodológicas expresadas en la introducción de este texto y las fuentes orales y no entre las fuentes documentales escritas y orales.

## CONCLUSIONES

A partir de lo expresado en este artículo se llega a las siguientes conclusiones: en primer lugar, puede afirmarse que las voces de los investigadores que participaron en este proyecto, aportaron evidencia empírica acerca del uso de los supuestos en las investigaciones; además, mostraron que los investigadores creen en la necesidad de ser creativos en los procesos investigativos, y que, en definitiva, el investigador elige la(s) maneras de abordar sus objetos o sujetos en estudio.

En segundo lugar, los datos ofrecidos por los investigadores reflejan también que los proyectos están guiados por sus supuestos teóricos y creencias investigativas; estas los pueden llevar a realizar investigaciones en las cuales incluyen disciplinas distintas al derecho, utilizar estrategias metodológicas que implican interactuar con otros sujetos y vivir los procesos investigativos como experiencias en las cuales todos los sujetos participantes tienen algo que aportar.



Y finalmente, en tercer lugar, es claro que “la ciencia de noche” (Jacob, 1998, p. 162) no se explicita en los informes finales de investigación, es necesario preguntar a los investigadores por sus experiencias metodológicas en los procesos investigativos para conocer sus sobresaltos, desvelos, maneras de vivir sus procesos y de enfrentar sus dificultades, los informes finales, suelen dar cuenta sólo de “la ciencia de día” (p.162).

## REFERENCIAS UTILIZADAS EN LA INVESTIGACIÓN

### *Usos de las metodologías de investigación en el derecho*

- BERGER, Peter L. y Luckmann, Thomas (1998). *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires: Amorrortu editores, 233 p.
- BONILLA-CASTRO, Elssy y Rodríguez Sehk, Penélope (2005). *Más allá del dilema de los métodos: La investigación en ciencias sociales*. Primera reimpresión. Santafé de Bogotá: Uniandes. 222 p.
- BOURDIEU, Pierre y Wacquant, Loïc (2005). *Una invitación a la sociología reflexiva*. Traductor: Ariel Dilon, Argentina: Siglo XXI Editores. 430 p.
- (2000). *Los usos sociales de la ciencia*. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión, 142 p.
- , y Teubner, Gunther (2000<sup>a</sup>). *La fuerza del derecho*. Bogotá: Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensa, Siglo del Hombre Editores, 220 p.
- Cassany, Daniel (2006). *Tras las líneas. Sobre la lectura contemporánea*. Barcelona: Anagrama. 295 p.
- CIFUENTES PATIÑO, María Rocío; Osorio Giraldo, Fanny y Morales Londoño, Martha (1993). *Una perspectiva hermenéutica para la construcción de Estados del Arte*. Manizales: Universidad de Caldas, Facultad de Trabajo Social. 17 p.
- COFFEY, Amanda y Atkinson, Paul (2003). *Encontrar el sentido a los datos cualitativos: Estrategias complementarias de investigación*. Medellín: Universidad de Antioquia. 249 p.
- Courtis, Christian (2006). *Detrás de la ley. Lineamientos de análisis ideológico del Derecho*. En: Observar la ley. Madrid: Trotta. pp. 349-392
- DE ESPANÉS, Luís de Moisset (2008). *La investigación en las ciencias jurídicas*. Bogotá: Academia colombiana de jurisprudencia. pp. 35-40
- DE LIMA LOPES, José Reinaldo (2006). *Reglas y compás, o metodología para un trabajo jurídico sensato*. En: Courtis, Christian (2006). Observar la ley. Madrid: Trotta. pp. 41-67
- ECO, Umberto (1984). *Cómo se hace una tesis*. 6 ed. México: Fica. 267 p.

- FESTINGER, León y Katz, Daniel (comps.) (1992). *Los métodos de investigación en ciencias sociales*. Barcelona: Paidós. 590 p.
- FERRARI, Vincenzo (2006). *Derecho y Sociedad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 305 p.
- FEYERABEND, Paul (1989). *Contra el método*. Barcelona: Ariel, 187 p.
- FOUCAULT, Michel (2000) *Vigilar y castigar*. Trigésima edición. México: Siglo veintiuno editores, 314 p.
- (2002). *El orden del discurso*. Segunda edición en Fábula. Barcelona: Fábula Tusquets, 76 p.
- (2001). *Las palabras y las cosas*. Trigésima edición. México: Siglo veintiuno editores, 375 p.
- GALEANO, María Eumelia, 2003, *Diseño de proyectos en la investigación cualitativa*, Medellín, Universidad EAFIT, 82 p.
- y Vélez Restrepo, Olga Lucía (2000). *Investigación cualitativa. Estado del arte*. Medellín: Universidad de Antioquia, Facultad de Ciencias Sociales y Humanas. 88 p.
- (2004). *Estrategias de investigación social cualitativa. El giro en la mirada*. Medellín: La Carreta Editores. pp. 141-144.
- GALINDO, Jesús (Coord.) (1998). *Técnicas de investigación en Sociedad, Cultura y Comunicación*. México: Consejo Nacional para la Cultura y las Artes y Addison Wesley Lungman. 523 p.
- GARCÍA, Mauricio y Rodríguez, César (Eds.) (2003). *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Bogotá: ILSA, Universidad Nacional de Colombia. 290 p.
- GIRALDO, Jaime (1985). *Metodología y técnica de la investigación Jurídica*. 3ª. ed. Bogotá: Ediciones Librería del profesional. 382 p.
- , Giraldo López, Mónica y Giraldo López, Alejandro (1999). *Metodología y técnica de la investigación sociojurídica*. Bogotá: Legis. 190 p.
- GRICE, Paul (1982). *La lógica y la conversación*. En: *Lenguaje y Sociedad*. Cali. Traducciones Univalle. pp. 101-121
- HERNÁNDEZ, Sandra y López, Rosalío (1995). *Técnicas de investigación jurídica*. México: Harla. 123 p.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto; Fernández C., Carlos y Baptista L., Pilar (2003). *Metodología de la Investigación*. 3ª. ed. México: Mc Graw Hill. pp. 41-60
- HOYOS BOTERO, Consuelo (2000). *Un modelo para Investigación documental. Guía Teórico-Práctica sobre Construcción de Estados del Arte con importantes reflexiones sobre la investigación*. Medellín: Señal Editora. 105 p.
- JACOB, Francois (1998). *El ratón, la mosca y el hombre*. Barcelona: Drakontos. 206 p.

- JAÑEZ BARRIO, Tarcisio (1996). *El trabajo de investigación en Derecho: una orientación metodológica*. 2ª. ed. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello. 208 p.
- KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. 7ª ed. Buenos Aires: EUDEBA, 245 p.
- LAMPREA, Pedro Antonio (1982). *Metodología del derecho*. Bogotá: Librería del profesional. 421 p.
- LERAT, Pierre (1997). *Las lenguas especializadas*. Barcelona: Ariel. 221 p.
- LONDOÑO, Beatriz y otros (2007-2008) *Jurisdicción Especial Indígena. Memorias y encuentros*. CD Rom,
- LÓPEZ MORALES, Humberto (1994). *Métodos de investigación lingüística*. Salamanca: Colegio de España. 190 p.
- MARDONES, Jesús María (1991). *Filosofía de las ciencias humanas y sociales*. Barcelona: Anthropos. 415 p.
- MARTÍNEZ, Luis y Fernández, Jesús (1994). *Curso de teoría del derecho y metodología jurídica*. Barcelona: Ariel, 305 p.
- PERDOMO, Rogelio (1996) *Metodología de la Investigación Jurídica*. Mérida: Universidad de los Andes. 229 p.
- RAGIN, Charles C. (2007). *La construcción de la investigación social. Introducción a los métodos y su diversidad*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, SAGE Publicaciones. 312 p.
- RAMÍREZ, Elizabeth. (2001). *La investigación socio-jurídica*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 322 p.
- REHBINDER, Manfred. *Sociología del derecho*. Madrid: Ediciones Pirámide, S.A., 1981. 197 p.
- RENKEMA, Jean (2000). *Introducción a los estudios sobre el discurso*. Barcelona: Gedisa. pp. 197-213
- RESTREPO GÓMEZ, Bernardo (2003). *Investigación formativa e investigación productiva de conocimiento en la universidad*. En: Nómadas. Bogotá. N°. 18. May. pp. 195 -202.
- SANDOVAL CASILIMA, Carlos (1996). *Investigación cualitativa*. Bogotá: CORCAS. pp. 1-165
- SANDRINI, P. (1996). *Comparative analysis of legal terms: equivalence revisited*. En: Galinski C. and Schmitz, K. (ED.). TKE'96: *Terminology and knowledge. Engineering*. Frankfurt/M: Indeks Verlag. pp. 343-350.
- SARLO, Oscar (2006). *El marco teórico en la investigación dogmática*. En: Courtis, Christian (2006). *Observar la ley*. Madrid: Trotta. pp. 175-208
- SARTORY, Giovanni y Morlino, Leonardo (eds) (2004). *La comparación en las ciencias sociales*. Madrid: Alianza Editorial. 177 p.
- SILVA GARCÍA, Germán (2003). *Derecho y sociedad en América Latina ¿cómo armar el rompecabezas y para qué?* En: García Villegas, Mauricio y Rodríguez César (Eds).

- Derecho y Sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. pp. 143-182
- SCHUTZ, Alfred y Luckmann, Thomas (2003). *Las estructuras del mundo de la vida*. Buenos Aires: Amorrortu. 315 p.
- SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto (2008). *Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa (2000-2006)*. En: Díez Ripollés, José Luís y García Pérez, Octavio (Coordinadores) (2008). *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo: una perspectiva comparada (2000-2006)*. (s.l). Edisofer S.L. Libros jurídicos y Editorial B de F. pp. 75-118
- TAYLOR, Steve J. y Bogdan, Robert (1997). *Introducción a los métodos cualitativos de investigación*. 3ª. Reimpresión. Barcelona: Paidós. 343 p.
- VAN DIJK, Teun (1992). *La ciencia del texto*. 2ª. Reimpresión. Barcelona: Paidós. 309 p.
- VELASCO, Honorio y Díaz de Rada, Ángel (1999) *La lógica de la investigación etnográfica*. Madrid: Trotta. pp. 96-100
- VIDAL LÓPEZ, Roberto (2003) *Propuestas para una ciencia social del derecho*. En: García, Mauricio y Rodríguez, César (Eds.) (2003). *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Bogotá: ILSA, Universidad Nacional de Colombia. pp. 127-142
- WITKER, Jorge (1991). *Cómo elaborar una tesis en Derecho*. Madrid: Civitas, S.A. 148 p.
- (1996). *Técnicas de Investigación Jurídica*. México: McGraw-Hill. 86 p.



Autora: Adriana Botero Martínez  
Título: Inspiración Botticelli  
Técnica: Acrílicos y crayola sobre  
cartón con intervención digital  
Dimensión: 20 x 27  
Año: 2006

***EL ESTADO DEMOCRÁTICO  
LIBERAL BURGUÉS, ESCENARIO  
PARA LA BÚSQUEDA DE LOS  
PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LAS  
CODIFICACIONES CIVIL Y MERCANTIL***

Fecha de recepción: septiembre 12 de 2010  
Fecha de aprobación: octubre 26 de 2010

# EL ESTADO DEMOCRÁTICO LIBERAL BURGUEÉS, ESCENARIO PARA LA BÚSQUEDA DE LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LAS CODIFICACIONES CIVIL Y MERCANTIL

*Mauricio Andrés Parra Cruz\**

## RESUMEN

El presente escrito pretende, desde un punto de vista contextual, indagar por las razones deontológicas inspiradoras de las codificaciones Civil y Mercantil en el marco del Estado Democrático Liberal Burgués de Derecho, pues se considera que a partir de este momento histórico se da en estas instituciones una recomposición en cuanto a sus principios y valores, los cuales, a efectos de hacer viable lo que con el Estado se funda en lo económico, adoptan una fisionomía utilitaria que en una gran medida satisface los intereses de las clases sociales en ascenso al poder.

**Palabras clave:** Estado Democrático Liberal Burgués. Principios fundamentales sobre los que se cimienta este Estado. Valores deontológicos de las legislaciones Civil y Comercial. Propiedad inmobiliaria y mobiliaria. Preservación y movilidad de la riqueza. Modelo económico de producción capitalista.

## DEMOCRATIC LIBERAL BOURGEOIS STATE, STAGE TO COLLECT INSPIRED PRINCIPLES OF THE CIVIL AND MERCANTILE CODIFICATIONS

## ABSTRACT

This written pretends, since a contextual point of view, to investigate for ideal inspirational reasons of the civil and mercantile codifications in the marc of the Democratic Liberal Bourgeois Rule of Law, because it is considered that in this historic moment these institutions are recomposed about their principles and values, which, to effects to make possible that the State is based on economic, they adopt a utilitarian appearance that in satisfies the interests of the social classes in growing to the power.

**Keywords:** Democratic Liberal Bourgeois State, fundamental principles that consolidate this form of State, ideal values of the civil and mercantile legislation, real- estate and furniture, preservation and mobility of the wealth, economic model of capitalist production.

---

\* Mauricio Andrés Parra Cruz. Abogado Universidad de Antioquia (1998). En la actualidad es profesor ocasional de tiempo completo del Área de Derecho Privado (U de A) en las materias de Derecho Comercial General, Títulos Valores y Legislación Comercial y Financiera. Aspirante a Magister en Derecho Privado de la Universidad Pontificia Bolivariana. Cursó estudios de Filosofía en el Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia, en la actualidad cursa estudios de Doctorado en Derecho Privado en la Universidad de Buenos Aires (UBA) Bs. As. Argentina.

# EL ESTADO DEMOCRÁTICO LIBERAL BURGUÉS, ESCENARIO PARA LA BÚSQUEDA DE LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LAS CODIFICACIONES CIVIL Y MERCANTIL

## 1. INTRODUCCIÓN

Preguntas obvias y de suyo pertinentes cuando avocamos el estudio de instituciones jurídicas “*nacidas*” al amparo del Estado de Derecho, concretamente de las legislaciones Civil y Comercial expedidas en el período de la codificación decimonónica, que indagan sobre el por qué, el cómo y el para qué, de tal o cual institución o especialidad, demandan hoy, cuando se les mira con visión retrospectiva, la superación de las barreras epistemológicas que subyacen a cualquier indagación de esta índole. Ello se debe, en primer lugar, al desconocimiento de la historia y con ella de las formas de entender e interpretar el mundo, la época y en consecuencia las razones fundantes de las mismas; y en segundo lugar, a que precisamente en pleno siglo XXI la estructuración teórica, legislativa y académica de las mismas, se nos presenta las más de las veces de manera objetiva y formal, además de constatar que las elaboraciones que sobre aquellas se hacen manifiestan un elevado grado de sofisticación y refinamiento, debido fundamentalmente a los procesos de reflexión que con soporte en la historia anteceden hoy las discusiones en torno a la elaboración de la ley y a la misma técnica legislativa.

No obstante lo anterior, la historia del derecho por un lado y la teoría por el otro, conducen a un dilema que solo puede resolverse tomando partido: en la historia, por un momento determinado que marque un punto de partida útil para un análisis razonable del contexto; y en la teoría, por la ideología y el pensamiento del momento histórico por cual se haya tomado el partido. Las razones para ello son obvias. Nuestro Derecho Civil no obedece a la estructura social, política, económica y cultural de los períodos que van del primitivo – pre romano- hasta el de la edad moderna, también llamado de la recopilación. Y nuestro Derecho Mercantil tampoco obedece a estas estructuras.

En este escrito tomamos partida por el momento de la instauración del Estado Democrático Liberal Burgués de Derecho, y con él de la ideología racionalista que dio lugar a los liberalismos político y económico, pues como verdad de Perogrullo tenemos que el por qué, el cómo y el para qué, de las legislaciones Civil y Comercial que rigen tanto

relaciones privadas como comerciales en la actualidad, se enmarcan en un contexto específico de transición del *ancien régime* al Estado Democrático, y son a la vez la expresión de las clases que encuentran en los postulados del liberalismo y con las garantías propias de la democracia, la forma expedita para el ejercicio del poder a través de la tenencia de la propiedad y el capital en un marco de igualdad.

A este respecto no hay misterios que develar solo entender los intereses a que han atendido desde entonces uno y otro sistema. Una fórmula útil para ello es el recurso a los principios que subyacen a estas legislaciones en el marco de la libertad que dijeron fundar y en los modelos político y económico donde aún siguen vigentes. A efectos de tal entendimiento presento al lector el resultado de la búsqueda de esos principios.

## 2. EL DERECHO CIVIL

La visión apriorística que del derecho civil nos formamos al iniciar nuestros estudios generales en la facultad, nos conduce a un entendimiento falso de esta institución en general, pues, y ello es apenas obvio, como no asistimos a su construcción, se nos representa de manera formal - positiva - como un todo, que da forma legal a través de sus distintos regímenes al conjunto de instituciones que disciplinan las relaciones entre las personas (siendo éstos el de las personas; la familia; la sucesión por causa de muerte; el matrimonio; las obligaciones y los contratos), las cuales asumimos establecidas en los términos antes dichos.

Exceptúense de la regla *infra* solo aquellas disposiciones que ha sido menester rehacer, reacomodar y reinterpretar por cuenta del desarrollo de nuevas tecnologías y nuevas formas de relacionarse las personas, como serían por ejemplo: la clonación, la fecundación *in vitro*, las relaciones entre parejas de un mismo sexo, etc., fenómenos que determinan una nueva concepción de la persona y la familia, con sus consecuentes relaciones materno y paterno filiales; y la denominada contratación en masa, que supone y demanda, ya en el siglo XX, el surgimiento de un nuevo derecho que discipline las relaciones del consumo, amén de la falta de disposiciones normativas en el derecho privado que pongan atención en el desequilibrio evidente entre el consumidor y los prestatarios de los bienes y servicios que aquel demanda en sociedad para su bienestar.

No obstante lo anterior, un camino a allanar en orden al abandono de semejante visión, lo constituye el estudio de esta institución, no necesariamente a partir del *corpus iuris*, ni mucho menos desde la división que representaron para el Derecho Civil el historicismo alemán y el individualismo francés; sino en el marco del Estado Liberal Burgués, escenario que marca en la modernidad una transición fun-



damental entre el *ancien régime* y los estados democráticos decimonónicos, pues es en el seno de ese Estado de Derecho donde advertimos cómo el proyecto liberal democrático formulado por la ilustración demandaba, en aras de la seguridad jurídica, en principio para todos, pero verdaderamente para la burguesía terrateniente, un conjunto de normas que facilitarían, a la postre, las relaciones de las personas entre sí y en relación con sus patrimonios, sin perjuicio, claro está, de aquellos derechos subjetivos de carácter extrapatrimonial dentro de los cuales encontramos los derechos *per se* (nombre, nacionalidad, domicilio y estado civil), los puros de familia (respeto recíproco entre todos los integrantes, la autonomía procreativa, la libertad nupcial y la abstención de atentar contra la unidad y la armonía familiar) y los derechos políticos.

El recurso al Estado, en apariencia arbitrario, como punto de partida para esta argumentación, supone una realidad consistente en el hecho, según el cual, las democracias constituidas al amparo de las ideas del liberalismo político tenían como imperativo, ser fundamentalmente garantes de los derechos a la libertad y a la igualdad, adecuando las normas jurídicas a dichas abstracciones, entendidas, en ese específico contexto, como los ideales en torno a los cuales emerge la legislación privada de la época.

Encontramos entonces en las instituciones del derecho privado, concretamente en las disposiciones del Derecho Civil, todo un conjunto de principios creados en orden a salvaguardar los postulados – iusnaturalistas, racionalistas y abstractos – del mentado liberalismo político. Así, principios como el de la propiedad privada, la libertad de contratar y el derecho hereditario<sup>1</sup>, particularmente, encajan dentro del ideario liberal, garantizando de esta manera coherencia racional al sistema normativo que se establecía con el Estado de Derecho; sistema que no escapó a la crítica pues llegó a ser considerado como el derecho de la explotación rural del siglo XVIII, en tanto su objeto de preocupación principal fue la propiedad de la tierra<sup>2</sup>, destacándose también un especial acento en la defensa de la libertad contractual y del contrato como ley para las partes, es decir, que a partir de entonces las personas, fueran estas naturales o jurídicas, con posición de dominio y capacidad de determinar las cláusulas del contrato o sin ella, en la observancia del principio de igualdad ante la ley, fueron puestas en una misma situación formal sin tener para nada en cuenta sus condiciones materiales subjetivas<sup>3</sup>.

Es en este contexto donde aparece la ley de la modernidad, la ley positiva, legislada, con pretensiones de ser general, impersonal y abstracta, poniendo en un mismo

---

1 Menger (1998: 119)

2 Ripert (2001: 7)

3 Perelman. (2004: 8)

plano de “igualdad” a todas las personas y constituyéndose de paso en el límite de las libertades bajo cuyo signo emergió. Para entender el alcance de estos derechos, bastante ilustrativas resultan las palabras de Ripert, quien a la sazón, en relación con el período racionalista de la codificación y al advertir hacia adonde apuntaban las abstracciones del racionalismo en términos materiales, expresó: La libertad lo permitía todo; no daba nada (Ripert (2001:7). Y, en efecto, así aconteció, fundamentalmente con las limitaciones persistentes en relación con el acceso a la propiedad.

De manera pues que ese derecho civil, a nuestros ojos terminado y delimitado por las formas, requiere para su entendimiento del recurso a principios, no a los de orden normativo, sino a aquellos constitutivos de los valores deontológicos y axiológicos que determinan el contenido material de las normas jurídicas de que se compone<sup>4</sup>. Pues si acogemos las tesis según las cuales:

Los principios generales del derecho son los valores fundamentales, sociales y bilaterales de una comunidad. Y

Los principios constituyen los valores fundamentales, sociales y bilaterales, vigentes en determinada comunidad, de donde son descubiertos por los juristas o los órganos estatales, para crear, interpretar e integrar el ordenamiento. (Valencia Restrepo. 2005: 543)

Y a partir de éstas suponemos que los valores democráticos pueden llegar a reducirse a los postulados del liberalismo político de la libertad, la igualdad y la legalidad, fundantes con otros, del ideal del Estado, seguramente hallaremos que la razón de ser de este derecho no la constituye la forma y que hay allí valores que, aunque no satisfagan el querer de la totalidad de los ciudadanos del hoy, como tampoco de los que asistieron a la confección del sistema en su momento, han permitido la estabilidad de éste por ya más de dos siglos, preservándose inalterables aún muchas de las instituciones bajo cuyo amparo emergieron en los modelos de Estado constitucional fundados a partir del racionalismo liberal francés.

Se acepta pues casi de forma unánime el planteamiento teórico del iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, que supuso con las cartas constitucionales, junto con la codificación decimonónica, una individualidad un nuevo ser dotado de *derechos*, garantías y libertades, presupuestos liberales que encontrarán su límite y las condiciones de su ejercicio en las formas, en la ley.

Mientras tanto en el plano político, en cambio, no hay discrepancias y la unanimidad es absoluta. La democracia constitucional, el Estado de Derecho, se tienen como el triunfo de la burguesía, o más bien de las burguesías, terrateniente y capitalista, clases

---

4 Guibourg (1996: 177-197)

que llegan divididas a este nuevo estadio de la modernidad representando cada una sus intereses e ideales de lo que para ambas habría de ser el futuro de la sociedad moderna, ajustándose, como era entonces menester, a la ideología del momento.

Así entonces, tenemos que, la burguesía terrateniente no se conformó con la libertad y bien que supo entender la igualdad ante la ley, pero solo en términos formales, como en efecto aconteció. Además no hubo solución de continuidad en el tránsito del modelo monárquico al democrático y de allí lo innecesaria que resultaba la renuncia a sus privilegios de clase; pues, por una parte los principios de 1789 al consagrar *ex nunc* los derechos de igualdad y legalidad negaron cualquier posibilidad de reconciliación entre las distintas clases sociales por cuenta de la propiedad, cuyo régimen permaneció inalterable, pues el Código Civil terminó siendo en el fondo:

El código de las clases o grupos sociales que derivaban su propio bienestar de las rentas de los terrenos urbanos y, sobre todo, de los rurales (además de ser el código de la nobleza supérstite terrateniente y de la nueva nobleza) (Galgano. 1999: 3)

De manera que el derecho Civil elevó la propiedad a la categoría, en democracia, de derecho perfecto; el régimen de los contratos se construyó en función de la propiedad y la libertad contractual terminó siendo un principio,

Según el cual nadie podía ser privado de sus propios bienes, ni sufrir modificaciones en su propiedad, sin el concurso de una voluntad libre y real (Galgano. 1999: 4)

Pero las razones inspiradoras de esta construcción, o lo que es lo mismo los principios y valores que subyacen a la misma, no se concretan únicamente al ideario liberal, los hallamos también nítidamente en los intereses de la clase que conjuntamente con la capitalista daba inicio a una nueva era, conocida como el modelo económico de producción capitalista; esa clase es la burguesía terrateniente.

Queda entonces por decir que las normas jurídicas a través de las cuales se expresa el derecho, siempre estarán revestidas de forma, la cual recoge el querer, los valores y los principios vigentes en el momento de su promulgación, sean éstos morales, materiales o culturales, y en consecuencia, el entendimiento de una institución *formal*, como se nos presentan objetivamente en la actualidad nuestras disposiciones jurídicas demanda, para entender verdaderamente el espíritu del legislador, la consulta de los principios inspiradores de la misma y es ese el caso de nuestro Derecho Civil, pues cuando lo despojamos de la forma y nos adentramos en las razones determinantes de su contenido al momento de su promulgación, fácil resulta desentrañar su cometido; la instauración, querida o no, de un nuevo modelo político denominado Estado democrático liberal, cometido fundamental del racio-

nalismo, y además un modelo económico de producción capitalista con acento en la propiedad y la movilidad de la riqueza; cometido también fundamental pero del liberalismo económico.

### 3. EL DERECHO MERCANTIL

No sucede lo mismo con el Derecho Comercial, pues cuando emprendemos su estudio, encontramos cómo incluso antes del origen mismo del Estado Liberal Burgués y hasta hoy, en tanto regula hipótesis novedosas y cambiantes que no aparecen contempladas de forma específica por el derecho común, refleja, por la especialidad que comporta, unas condiciones exclusivas de movilidad y dinamismo que le han permitido atender satisfactoriamente los requerimientos de los individuos que participan en la actividad mercantil.

Pero si bien, se trata de una especialidad que encuentra sus orígenes en el derecho estatutario de corte clasista generado a partir del siglo XI por los comerciantes, casi sin ninguna participación del Estado en las denominadas ciudades libres; fenómeno político que se empieza a consolidar en los albores de la modernidad, no será en aquellas lejanías temporales donde encontremos la materialidad que refleja con las condiciones exclusivas de movilidad y dinamismo que hoy se le reconocen.

Sobre este particular tomamos nota de las previsiones de la doctrina mercantil cuando advierte que:

La visión histórica del derecho comercial, no debe seguir confundándose, desde luego, con la historia del comercio, según se hace generalmente. Porque una cosa es el desarrollo de la industria y del comercio, con sus causas modalidades y resultados, y otra muy distinta la regulación u ordenación jurídica de las relaciones y situaciones creadas con la producción, circulación y consumo de los bienes” (Pinzón. 1985:8)

Pues las mismas apuntan al entendimiento de: (i). Que el Derecho Mercantil no es el producto de la abstracción del legislador y (ii). Que igualmente las actividades mercantiles propiamente dichas, no obedecen en lo más mínimo a ningún proceso de racionalización previo sobre el cual pueda afirmarse se fundó el desarrollo de las mismas.

Sobre este particular y en especial sobre lo que constituye el objeto de regulación por parte de la ley mercantil, la historia de la economía <sup>5</sup> y con muy buen juicio la doctrina mercantil representada en buena medida por el profesor Ascarelli, destacan

---

5 Cortes Conde (2003: 9-24)

el origen de la especialidad a partir de la división del trabajo en el momento de la historia en que asistimos al nacimiento de las ciudades libres. En efecto se afirma que

La civilización ciudadana comunal era civilización de trabajo libre (y no conviene olvidar que ésta se contraponía a la economía servil romana) y su florecimiento iba acompañado de una transformación de la organización de la propiedad privada agraria; la ciudad era un centro de consumo y de intercambio y a la vez de producción industrial” (Ascarelli. 1956:32)

Menester, en atención a lo dicho, es aclarar que esta visión no desconoce la existencia del derecho como institución, incluso desde mucho tiempo antes de esta época en que aparece datado el origen del Derecho Mercantil, recuérdense al efecto, las referencias al Código del Gran Rey Babilonio Hamurabi (1760 Ac.), Las instituciones Justinianas recopiladas en el *Corpus Iuris Civilis* (565 Dc.) y el *Corpus Iuris Canonici* (1142 Dc.) obras jurídicas todas que trascienden hasta hoy. Así como tampoco pretendemos significar que la división del trabajo se manifiesta en las ciudades libres, pues elaborados estudios nos datan la existencia de relaciones mercantiles desde el año 5.000. Ac.<sup>6</sup> Y si algo supone una organización como la del comercio, es precisamente la división del trabajo.

En todo caso dicha ubicación obedece a que es precisamente en este contexto donde se perfila la especialidad, pues es allí donde el denominado Derecho Mercantil toma distancia de la legislación preexistente para adoptar su propia fisonomía con las características que lo definirán desde entonces como: un derecho especial, por la distancia que toma en relación con el *Corpus Iuris* y el Derecho Canónico; profesional o de clase, por estar dirigido de forma exclusiva a disciplinar las relaciones surgidas de las prácticas comerciales; consuetudinario, pues la naturaleza de los actos propios de la especulación determinaban el contenido de las normas jurídicas y por último, un derecho internacional, pues que no conoció fronteras en sus orígenes.

Fisonomía y características que encuentran un escenario propicio para el establecimiento de una nueva clase, la burguesía capitalista para entonces incipiente y la cual creó un espacio político, económico y jurídico como lo fueron las corporaciones de mercaderes, en torno a las cuales giraban los asuntos y las relaciones del comercio, nada distintas de las Cámaras de Comercio que hoy regentan con un ánimo iusprivatista los intereses de la clase comerciante, antes a los que incluso desde sus orígenes en el siglo XI confiaron un ámbito jurisdiccional para la solución de sus controversias (Es la época de la llamada jurisdicción consular).

---

6 Pérez Ramírez (2009: 21-45)

De manera pues que cuando la doctrina nos requiere a efectos de entender que

El Derecho Mercantil empieza a firmarse en la civilización comunal en contraposición con la civilización feudal, pero en forma diversa del derecho romano común que casi simultáneamente se constituye e impone; como un fenómeno histórico, cuyo origen está en la consolidación de una civilización burguesa y ciudadana en la que se desarrolla un nuevo espíritu de empresa y una nueva organización de negocios (Ascarelli 1956: 31)

Nos está significando la formación empírica del derecho comercial y con ello que los hechos que han impulsado el desarrollo del comercio contribuyeron igualmente a la elaboración del Derecho Mercantil.

Ahora bien, si hoy se le reconocen al Derecho Mercantil unas condiciones exclusivas de movilidad y dinamismo, éstas no se manifiestan con el surgimiento de la especialidad en los albores de la Edad Media, como pudiera pensarse cuando se hace referencia a sus características, pues se trataba de un periodo del Derecho Mercantil caracterizado por la subjetividad, es decir, la condición de comerciante era la que determinaba, en relación con los asuntos del comercio, la observancia de las reglas adoptadas por el gremio para sus miembros, era pues, como ya se anotó un derecho de clase, exclusivo para quienes bajo las reglas de la organización (Corporación) ostentaban la condición de comerciante y, *contrario sensu* excluyente. Situación que no cambio ni siquiera en el período de la nacionalización de este derecho.

Cuál sería entonces la transformación de este Derecho Mercantil especial en la transición al Estado de Derecho?, pregunta obvia y pertinente en esta instancia, a efectos del propósito de este escrito, pues se trata de un régimen jurídico que en la transición al Estado de Derecho también hubo de adecuarse a los planteamientos doctrinales del liberalismo político y el liberalismo económico. Ahora, la respuesta a esta pregunta encierra un serio interrogante, el cual será menester develar previamente, en el sentido de entender qué sugiere la pregunta por la transformación, pues que a la vista de los resultados es pertinente afirmar que entratándose del Derecho Mercantil estamos frente a un sistema que sufrió en la mentada transición dos transformaciones: una formal, con la cual hubo de adecuarse a los presupuestos ideológicos del liberalismo político; y la otra, material, con la cual se ajustó a los ideales del liberalismo económico (libertad de empresa, de iniciativa privada y libre competencia), con las cuales se satisficieron, y con creces, los requerimientos que en este nuevo contexto se demandaban para el establecimiento de un nuevo orden económico: el modelo de producción capitalista, fundado por los comerciantes, por la denominada burguesía en ascenso que requeriría en el ejercicio propio de

su particular libertad la movilización de su riqueza, pues de ella derivaría, como ocurre hoy, su utilidad.

En lo formal encontramos cómo se substituyó al sujeto por el objeto a través de la generalización del acto de comercio, garante en una muy buena medida de la libertad y la igualdad en el naciente Estado de Derecho, a partir del cual, al desaparecer los privilegios de las clases sociales dentro de las que contamos la de los comerciantes, hubo de suponerse que la condición y calidad de comerciante solo se adquiriría por la realización de los actos tipificados como mercantiles por el legislador, precisamente a través de la ley que en apariencia desde entonces guarda la pretensión de ser general, impersonal y abstracta.

Mientras que en el plano material, habiéndose asegurado la igualdad - de todos - ante la ley, por cuenta del denominado acto de comercio, prerrogativas exclusivas del liberalismo económico como la libertad de empresa, de iniciativa privada y libre competencia, se irguieron en medio de tal igualdad como el carburante responsable de la movilidad de la riqueza, pero solo la de aquellos que la tuvieran y estuviesen en capacidad de especular con ella a través de actividades que suponen en todo caso: la intermediación, la interposición en el cambio, la producción, la transformación, la administración, la custodia de bienes y la prestación de servicios; las cuales constituyen la razón de ser del comerciante y del empresario.

De allí entonces que cuando damos una mirada al Derecho Mercantil con una visión economicista, nos encontramos cómo en el contexto del Estado Democrático Liberal Burgués, el Código que disciplinaría a partir de entonces las relaciones del Comercio sería

El código de la burguesía comercial y de la naciente burguesía industrial, ya que en él no se tomaban en cuenta la riqueza inmobiliaria y las necesidades de su conservación, sino la riqueza mobiliaria y las necesidades de su valorización. De ahí que en el Código de Comercio el centro del sistema normativo se desplazó de la propiedad a los contratos” (Galgano. 1999:4)

Llegando a constituirse, por cuenta de la multiplicidad de relaciones que tenemos todos en la modernidad con los sujetos del comercio, en un verdadero derecho de clase que pasó de ser, por cuenta del acto de comercio, un derecho creado para satisfacer los intereses de una sola clase social, a un derecho creado por obra de esa misma clase.<sup>7</sup>

---

7 Galgano (1999: 1-10)

Sin embargo, lo que en esa legislación se presentó como expresión de la libertad, de la igualdad, y en todo caso como nuevo, no era tal, pues el legislador no hizo ningún proceso de racionalización o abstracción a través del cual hubiese creado alguna institución jurídica o contractual relativa a los asuntos del comercio y que en consecuencia a partir de allí se tuviera por novedosa; el legislador pues no hizo creación alguna y más bien se limitó a dar forma legal a las costumbres que por siglos observaron los comerciantes en el ejercicio de sus actividades el legislador da a actividades nuevas formas jurídicas antiguas (Ripert 2001: 8) que en lenguaje llano y simple son las formas propias de la clase en ascenso que funda el modelo económico que se ve satisfecho con esta normativa, el modelo económico de producción capitalista.

Así las cosas, fuerza es concluir que la materialización del proyecto liberal se vio superada por los ideales racionalistas de la ilustración que no solo nos dio la libertad sino que además instauró un modelo económico y por ello

El capitalismo se llamó libertad por que había nacido bajo el signo de la libertad y porque creía útil para él vivir en su seno. Pero si hubiese tenido que contentarse con el derecho común, no hubiese podido desarrollarse. La libertad no le bastará (Ripert. 1999:8)

He ahí la razón de ser de ese, nuestro Derecho Mercantil.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALMONACID SIERRA, Juan Jorge. GARCÍA LOZADA, Nelson Gerardo, *Derecho de la Competencia*. Ed. Legis. Bogotá (Colombia) 1998.
- ASCARELLI, Tulio. *Iniciación al estudio del Derecho Mercantil*, José María Bosch Editor, Barcelona (España) 1956.
- CORTES CONDE, Roberto. *Historia Económica Mundial*. Ed. Ariel. Buenos Aires (Argentina) 2003.
- DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe. *Tratado de Derecho Comercial comparado TI*, Montaner y Simón, Barcelona (España) 1963.
- DOOB, Maurice. *Teorías del valor y de la distribución desde Adam Smith*. Undécima Ed. Siglo XXI Editores. Madrid (España) 1998.
- FARINA, Juan M. *Contratos Comerciales Modernos*, Editorial Astrea, 2ª Edición, Buenos Aires (Argentina) 1997.
- GALGANO, Francesco. *Derecho Comercial – El Empresario Vol. I*. Editorial Temis SA. Bogotá (Colombia) 1999.



- GARRIGUÉZ, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, 7ª Ed. México 1977.
- GUIBURG, Ricardo A. *Fuentes del Derecho*. En el Derecho y la Justicia; Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. Edición de Ernesto Garzón Valdez y Francisco J. Laporta. Editorial Trotta, SA. Madrid (España). 1996.
- IRTI, Natalino. *La edad de la descodificación*. José María Bosch Editor. Barcelona (España) 1992.
- MENDOZA RAMÍREZ, Álvaro, *Principios Generales del Derecho Comercial*. En *Estudios de Derecho Económico. Tomo I. Instituciones de Derecho Comercial*. Pág. 101. Universidad de la Sabana. Coordinador José Alpiniano García Muñoz. Bogotá (Colombia)
- MENGER, Anton, *El Derecho Civil y los Pobres*. Editorial Comares. SL. Granada. (España) 1998.
- MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial TI*. Ed. Jurídicas Europa América, Buenos Aires (Argentina) 1971.
- NARVÁEZ GARCÍA, José I. *Introducción al Derecho Mercantil*, Edit. Ediciones Bonnet & Cía. Bogotá (Colombia) 1990.
- (2002). *Derecho Mercantil Colombiano – Parte General*. Ed. Legis. Bogotá (Colombia).
- PERELMAN, Chaïm. *El imperio Retórico*. Ed. Norma. Bogotá (Colombia) 2004
- PÉREZ RAMÍREZ, Jorge. *Banca y Contabilidad*. Marcial Pons. Madrid (España) 2009.
- PINZÓN, Gabino. *Introducción al Derecho comercial*. Ed. Temis. Bogotá (Colombia) 1985.
- RIPERT, Georges. *Tratado elemental de Derecho Comercial T.I*, Ediciones Jurídicas Labor, Buenos Aires (Argentina) 1988.
- (2001) *Aspectos Jurídicos del Capitalismo Moderno*. Editorial Comares. SL. Granada. (España)
- ROCCO, Alfredo. *Principios del Derecho Mercantil*, Editorial Nacional de México, 1960.
- TAMAYO JARAMILLO, Alfredo. *Grandes temas del Derecho Comercial*. Editorial Diké, Medellín (Colombia) 1993.
- VALENCIA RESTREPO, Hernán. *Nomóárquica, principialística jurídica o los principios generales del derecho*. Bogotá: Temis, 1999.
- WEBER, Max, *Economía y Sociedad*. Decimosexta reimpresión. Fondo de Cultura Económica. México DF. 2005.
- WIEACKER, Franz. *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*. Ed. Comares. Granada (España) 2000.





Autora: Adriana Botero Martínez

Título: Silencio en la noche

Técnica: Lápiz y acuarela con  
intervención digital

Dimensión: 8 x 10

Año: 1997

## ***RELACIONES ENTRE LOS PODERES EJECUTIVO Y JUDICIAL: EL CASO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO\****

---

\* Artículo desarrollado dentro del proyecto de investigación titulado “ Evolución de la Administración Pública” de la línea de investigación de Historia, Derecho y Ciencia de la Administración de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes.

Fecha de recepción: agosto 23 de 2010

Fecha de aprobación: octubre 5 de 2010

## RELACIONES ENTRE LOS PODERES EJECUTIVO Y JUDICIAL: EL CASO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

*Por Miguel Malagón Pinzón\*\**

### RESUMEN

Este artículo muestra como han sido las relaciones entre los poderes ejecutivo y judicial. Para ello se utiliza el ejemplo de Francia, México y Colombia. Se analiza como en los dos primeros países el enfrentamiento entre las mencionadas ramas ocasionó la creación un juez especial para encausar el gobierno. Este juez se llama el Consejo de Estado. En nuestro país su creación se produjo por el legislador, pero sin lugar a dudas este órgano se puede considerar como el mejor aliado del Ejecutivo.

**Palabras Clave:** ejecutivo, judicial, derecho administrativo, consejo de estado.

### RELATIONS BETWEEN EXECUTIVE AND JUDICIAL BRANCHES: THE CASE OF ADMINISTRATIVE LAW

### ABSTRACT

This article shows the relations between the executive and judicial branches. For that is using the example of France, Mexico and Colombia. This analysis shows how in the two first countries the confrontation between the branches is the reason for the creation of the special judge knowledge as Council of State. In Colombia this judge was created by the legislative power, but it always had been the partner of the government, because it helps in many situations the acts of the executive branch.

**Keywords:** executive branch, judicial branch, administrative law, Council of State.

---

\*\* Abogado de la Universidad del Rosario. Doctor en Ciencia Política y Sociología de la Universidad Complutense de Madrid. Profesor – Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes. Correo electrónico: ma.malagon160@uniandes.edu.co

# RELACIONES ENTRE LOS PODERES EJECUTIVO Y JUDICIAL: EL CASO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

## I. INTRODUCCIÓN

Las relaciones entre los poderes ejecutivo y judicial no han sido pacíficas, se han enfrentado desde que surge el Estado Moderno. En Francia, por ejemplo, durante el Estado Absoluto tuvieron una contienda los parlamentos, representantes del poder judicial, y el monarca. Como consecuencia de esta disputa el rey cerró los parlamentos, que sólo fueron restablecidos poco antes de la Revolución<sup>1</sup>. Tiempo después este choque hizo surgir el modelo de derecho administrativo en Europa continental, basado en la existencia de un juez especial para juzgar a la Administración Pública. Este juez es representado por el Consejo de Estado.

En Hispanoamérica desde la Colonia chocaron las autoridades de Gobierno y las de Justicia. No obstante lo anterior, prevaleció el control que ejercía la Real Audiencia como Tribunal de Justicia, sobre los agentes gubernamentales. Con el advenimiento de los siglos XIX y XX, algunos países de América Latina decidieron copiar el sistema de encausamiento a la francesa. Tenemos en primer lugar a México, allí las relaciones entre los poderes ejecutivo y judicial fueron muy problemáticas en la época del gobierno de Antonio López de Santa Anna. Llegándose al extremo de implantar el Consejo de Estado para hacer más flexible el encausamiento de las actuaciones del ejecutivo.

En segundo lugar encontramos a Colombia, quien en 1913 le confirió facultades judiciales al Consejo de Estado. Este organismo no surge como consecuencia del choque entre los nombrados poderes, sino que se importa por el legislador para estar a tono con el sistema de separación de poderes propio del ordenamiento galo<sup>2</sup>. El Consejo se

---

1 MALAGÓN PINZÓN, Miguel. *Vivir en Policía. Una contra lectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2007. p. 34

2 RODRÍGUEZ PIÑERES, Eduardo. *Estudio crítico a la Ley Colombiana sobre la Jurisdicción de lo contencioso – administrativo*. Bogotá. Librería Americana. 1914. p. 10

convertirá en el mejor aliado del Ejecutivo, ya que como lo veremos, el control que ha ejercido sobre las actuaciones administrativas siempre ha sido muy laxo.

Comenzaremos desarrollando cada uno de estos temas para darle una visión al lector que le aporte elementos para entender esta problemática.

## II. LA SITUACIÓN FRANCESA Y EL NACIMIENTO DEL CONSEJO DE ESTADO.

### A. EL ENFRENTAMIENTO EN EL ESTADO ABSOLUTO

En Francia antes de la Revolución, el monarca actuó en las regiones a través de unos agentes delegados. Estos eran conocidos como los Intendentes, y se constituyeron en el primer elemento de centralización del poder real. Tenían básicamente cuatro funciones, la de Policía o Gobierno, la de Administrar Justicia, la del manejo de la Hacienda Pública y la de declarar la Guerra. Estos funcionarios del Rey se enfrentaron con la nobleza, que integraba el poder judicial en cabeza de los parlamentos. Este choque entre Intendente y Parlamento, fue en realidad un conflicto entre estamentos. El primero actuaba buscando el servicio público, mientras que el segundo lo hacía procurando el interés privado. Es por ello que Luis XIV les da la facultad a los Intendentes de avocar asuntos que eran propios de la jurisdicción ordinaria, es decir de los parlamentos, en donde estaba involucrado el interés general.<sup>3</sup>

### B. EL CONFLICTO DESPUÉS DE LA REVOLUCIÓN

Los revolucionarios franceses, integrantes del poder ejecutivo, se dieron cuenta de que tenían que neutralizar al poder judicial, representado por los nobles, para poder sobrevivir. Por ello en 1790 expidieron las leyes del 16 y 24 de agosto que sacaron del control de la judicatura las actividades administrativas<sup>4</sup>.

---

3 MANNORI, Lucca y SORDI, Bernardo. *Storia del diritto amministrativo*. Roma – Bari. Editori Laterza. 2001. p. 108.

4 Con la ley de 6-7 y 11 de Septiembre de 1790 se reparte el control de la Administración entre los Tribunales de Distrito y la Administración activa (directorios de distrito y de departamento), el profesor SANTAMARIA citando a CHEVALLIER nos dice que se acoge esta proposición de PEZOUS al intervenir en la Asamblea y cuestionar: “¿por qué no volver la mirada a los administradores locales, que son elegidos igual que los jueces y que, además, resuelven con rapidez y sin gastos? Pezous demuestra la inanidad de las pretensiones en contra de la administración activa, puesto que su origen democrático le hace tan imparcial, tan indepen-

Establecieron en el código penal como delito la intromisión de los jueces en la acción administrativa.

Esta situación originó el derecho administrativo, pues el Consejo de Estado, organismo creado por Napoleón en 1800, para asesoría y consulta del gobierno, empezó a resolver las controversias entre los particulares y la Administración Pública, proponiendo las soluciones al Jefe del Ejecutivo. Esta etapa es conocida con el nombre de la Jurisdicción Retenida, pues el poder de administrar justicia recaía en el Gobierno, es decir era retenido por él.

Más adelante, en 1872,<sup>5</sup> el Consejo adquirirá funciones judiciales por mandato expreso del legislador, teniendo como principal competencia la de controlar los actos administrativos. Pero teniendo la peculiaridad de estar incluido dentro de la rama ejecutiva.<sup>6</sup> Este período es llamado el de la Jurisdicción Delegada, que es el imperante en la actualidad en Francia.

### C. SURGIMIENTO DE LA TEORÍA DEL ACTO DE GOBIERNO.

El nacimiento de los actos de gobierno en Francia se produce en la época de la restauración borbónica (1815-1830), cuando el Consejo de Estado estaba siendo sometido a críticas muy fuertes por parte de los monárquicos. Se ponía en entredicho su existencia como institución por ser de creación napoleónica<sup>7</sup>. Es así que se presentó el caso Laffitte, en el que la hermana de Napoleón, Paulina, le vendió una renta, de 670.000 francos que le habían asignado, al banquero Laffitte.

Al subir nuevamente al trono, los borbones expidieron la ley de 12 de enero de 1816, por la que privaron a toda la nobleza que tuviera vínculos con Napoleón de todos los bienes y rentas que se les hubieran asignado a título gratuito, y entre ellos la renta de Paulina.<sup>8</sup> Ante esta situación el banquero demandó y el Consejo

---

diente como los tribunales judiciales.” SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. Sobre la génesis del Derecho Administrativo Español en el siglo XIX (1812-1845). Sevilla. Instituto García Oviedo. 1973. p. 47-54.

5 DE LAUBEDERE, André. Manual de Derecho Administrativo. Bogotá. Editorial Temis. 1984. p. 38.

6 CASSESE, Sabino. Las bases del Derecho Administrativo. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública. 1994. p. 53-58.

7 “En esta etapa, el Consejo de Estado comienza a negarse sistemáticamente a conocer de aquellas reclamaciones relacionadas con problemas políticos derivados de la caída y extinción del régimen napoleónico y, más adelante, de los que se referían a los cambios y pugnas políticas que se sucedieron”. GARRIDO, Nuria. El Acto de Gobierno. Barcelona. Cedecs Editorial. 1998. p. 51.

8 SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2002. p. 147.

se inhibió de pronunciarse sobre el asunto, aduciendo que se trataba de un acto de gobierno, que no tenía control judicial porque atendía a un móvil político. Se creó así una categoría distinta a la de acto administrativo<sup>9</sup>, que sí tiene control jurisdiccional, que responderá a vestigios de la razón de Estado más que a expresiones del Estado de Derecho.

En 1875 fue revaluada esta doctrina en el caso Príncipe Napoleón. Allí se dispuso que los actos de gobierno no responden a un móvil político, que no pueden ser un rezago del absolutismo. A partir de este momento los actos políticos se derivaron de un listado que estableció la jurisprudencia, y que básicamente contempló dos clases, la primera referida a las relaciones entre el gobierno y el parlamento, donde se incluyeron por ejemplo el estado de sitio<sup>10</sup>; o las decisiones tomadas por el ejecutivo de proponer o retirar un proyecto de ley. La segunda, la constituyeron los actos referentes a las relaciones del gobierno con un Estado Extranjero o con un organismo internacional, como son las relaciones internacionales de Francia y las operaciones y hechos de guerra.<sup>11</sup> Debemos anotar que sobre estas dos categorías de actos políticos o de gobierno, el único control jurisdiccional que ejerció, y que ha continuado ejerciendo, el Consejo de Estado ha sido el formal. Hoy en día los actos políticos o de gobierno siguen teniendo plena vigencia en el derecho francés.

### III. EL CONFLICTO EN LA AMÉRICA HISPANA

#### A. SITUACIÓN GENERAL EN LA COLONIA

---

9 La primera vez que se usó la expresión Acto Administrativo fue en el año de 1807 en el *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence* de Philippe - Antoine Merlin. Allí se le definió como “un decreto, una decisión de la autoridad administrativa, una acción, o un hecho de un administrador inherente a sus funciones”. MANNORI, Luca y SORDI, Bernardo. *Storia del diritto amministrativo*. Op. Cit. p. 262.

10 El profesor Goodnow comentaba a finales del siglo pasado que “los únicos actos de esta clase, (políticos) que exigen mención especial son los referentes a la paz y tranquilidad interior. Las decisiones de los Tribunales administrativos han tendido a sustraer de la acción judicial actos sumamente arbitrarios y muy restrictivos de los derechos privados, siempre que la Administración trataba de asegurar por su virtud la paz y tranquilidad interior. Según estas decisiones, medidas adoptadas en tiempos de disturbios públicos para impedir la publicación de un periódico que, en sentir de la Administración, excitaba las pasiones del pueblos, medidas que daban por resultado inutilizar la imprenta del periódico, eran de carácter político y no estaban sujetas a la acción de los Tribunales ordinarios. GOODNOW, Francisco. *Derecho Administrativo Comparado*. Tomo II. Madrid. La España Moderna. 1875. p. 219.

11 BRAIBANT, *Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa*. Bogotá. Ediciones El Profesional. 2001. p. 12 -15.



En la América hispana chocaron las autoridades de gobierno y las judiciales, básicamente por el control que ejercían estas últimas sobre las primeras. Para ayudar a dilucidar este problema Felipe II expide la real cédula de 1568, destinada al virreinato del Perú, y a Francisco de Toledo, su virrey en particular. Esta disposición después se extendió a todos los territorios bajo dominio español.

Allí se estableció que era el Virrey, como principal autoridad administrativa, quien debería calificar una actuación como de gobierno o de justicia, y contra esta calificación no se podía interponer ningún recurso. Con esta calificación se buscaba evitar la injerencia, entendiéndose el control excesivo, que querían ejercer los jueces sobre los asuntos administrativos, porque al ser calificados de esta naturaleza, en principio, no eran susceptibles de ser controlados.

Si el Tribunal de Justicia, la Real Audiencia, no estaba de acuerdo con esa valoración debía informarlo al rey. Hay que anotar que si el asunto era calificado como de gobierno, y con él se causaba agravio a alguien, se podía apelar ante la audiencia volviéndolo inmediatamente objeto de control judicial.<sup>12</sup>

Esta normativa anotada distinguió entre el orden judicial, que es el destinado a proteger los derechos de las partes, y el gubernativo o administrativo, cuyo fin es el bien común. Se definió la supremacía del gobierno sobre la justicia en cuanto a la ejecución de mandatos dirigidos al bien común, más también la supremacía de la justicia sobre el gobierno en cuanto a la conservación de los derechos ya adquiridos, que habían sido lesionados por mandato administrativo, pero que podían ser restituidos por sentencia en el juicio de apelación.<sup>13</sup>

Más adelante se promulgó la Recopilación de 1680, en donde se reguló esta materia. Allí se desarrollaron dos disposiciones sobre el control judicial de los actos de gobierno. La primera era la facultad del virrey para calificar los asuntos; la segunda establecía que cuando el asunto sobrepasaba el nivel doméstico y aparecía una persona agraviada, el negocio se volvía de conocimiento de la justicia, es decir *inter partes*, entre el particular afectado y la autoridad que había dictado el acto.<sup>14</sup>

---

12 BRAVO LIRA, Bernardino. Protección Jurídica de los gobernados en el nuevo mundo (1492-1992) Del absolutismo al Constitucionalismo. Publicado en: Homenaje al profesor García Gallo. Vol.3b. Madrid. Universidad Complutense. 1992. p. 68.

13 GÓNGORA, Mario. El Estado en el Derecho Indiano. Santiago de Chile. Instituto de Investigaciones Históricas Culturales. 1961. p. 290.

14 VILLAPALOS, Los recursos en materia administrativa en Indias Siglos XVI y XVII. Notas para su estudio. Anuario de Historia del Derecho Español. XLVI. Madrid. CSIC. 1976. p. 37.

## B. EL CASO MEXICANO

### • LA COLONIA

En la Nueva España, hoy mejor conocida como los Estados Unidos Mexicanos, las autoridades del Gobierno también se enfrentaron a las de Justicia. Unos de los principales agentes del Rey, de igual manera que en Francia, fueron los Intendentes. Estos tenían las cuatro atribuciones esenciales, policía o gobierno, justicia, guerra y hacienda. Por la causa de policía o gobierno, el Intendente tenía que fomentar el desarrollo de la economía, debía cobrar los tributos, mantener en buen estado los caminos y conservar la paz pública.<sup>15</sup> La causa de justicia introdujo la figura de los Tenientes letrados, estos funcionarios actuaban como asesores del Intendente para asuntos de derecho privado en la capital de las provincias. Por regla general los Intendentes no eran abogados “por eso el mismo rey se encargó de exaltar la posición de los Tenientes letrados como jueces ordinarios, al ordenar que los intendentes nunca debían separarlos del conocimiento de sus causas...”<sup>16</sup>

Las autoridades judiciales estaban encabezadas por la Reales Audiencias. Ellas conocían las apelaciones que se interpusieran contra los autos y sentencias que como jueces ordinarios proferían los asesores letrados. En este aspecto no se presentó ningún tipo de discordia.

Este se ocasionó cuando se dispuso que las Audiencias conocieran en apelación de los asuntos de policía o gobierno dictados por los Intendentes, que causaran agravios o perjuicios a las personas. Ya que como sucedió en Francia, hubo desavenencias por el “entorpecimiento” de la labor de administrar. Pero primó la concepción del respeto de los derechos de los súbditos frente al bien común.

### • EL SIGLO XIX Y LA APARICIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO

El juez especial de la administración en México fue creación del gran jurista Teodosio Lares, quien publicó en 1852 sus *Lecciones de Derecho Administrativo*<sup>17</sup>, escrito que dio origen a la ley de mayo de 1853, que creó El Consejo de Estado. Esta tarea le había sido encomendada por el Dictador Antonio López de Santa

---

15 ACEVEDO, Edberto Oscar. La causa de policía o gobierno. Publicado en: *Estudios sobre la Real Ordenanza de Intendentes del río de la Plata*. Buenos Aires. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. 1995. p. 50.

16 REES JONES, Ricardo. *El despotismo ilustrado y los Intendentes de la Nueva España*. México. UNAM. 1979. p. 163.

17 LARES, Teodosio. *Lecciones de Derecho Administrativo*. México. Imprenta de Ignacio Cumplido. 1853.

Anna, militar que había llegado a ejercer el poder ejecutivo por usurpación y no por la vía democrática<sup>18</sup>.

Santa Anna tuvo muchos inconvenientes con el poder judicial y por ello solicitó a Lares que creara un Juez particular para el Ejecutivo. Este organismo tenía básicamente como principales competencias el conocer “las obras públicas, los contratos celebrados por la administración, las rentas nacionales, los actos administrativos que tuvieran por objeto el interés general.”<sup>19</sup> Debía ser benévolo con las actuaciones de la Administración, “para no entorpecer la tarea de gobernar”. Este juez se encontraba ubicado dentro de la rama ejecutiva.

Lares, toma como referente el modelo francés, e instaura en México la prohibición a los Tribunales Judiciales de “proceder contra los agentes de la administración, por crímenes o delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, sin la previa consignación de la autoridad administrativa”.<sup>20</sup>

Además se instauró un modelo de vía administrativa bastante absolutista. Pues se preveía que los particulares que hubieran sido afectados por actuaciones administrativas, no debían concurrir a los jueces sin haber acudido a la Administración, con una memoria en la que tenían que manifestar los motivos de la queja o del reproche. Luego la autoridad estudiaba el caso y si no lo corregía le daría vía libre para acudir a la vía contenciosa, es decir al Consejo.<sup>21</sup>

Se diferenció entre Gobierno y Administración. El primero se expresaba por medio de reglamentos, decretos y órdenes promulgados para el desarrollo de las leyes; o por intermedio de los tratados y convenciones. Mientras que la segunda se manifestaba por la preservación del bien común. Referente a esta última se consagraron medios de defensa, según fuera graciosa o contenciosa. Los primeros hacían referencia a las reclamaciones que interponían los particulares por afectaciones de sus intereses por las actuaciones administrativas, por otra parte los últimos, los contenciosos, se presentaban cuando “la administración lastimaba los derechos de los individuos y daba lugar a un recurso contra sus decisiones.”<sup>22</sup>

---

18 LIRA GUILLÉN, Andrés. El Contencioso Administrativo y el Poder Judicial en México a mediados del siglo XIX. Notas sobre la Obra de Teodosio Lares. Publicado en. Memoria del II Congreso de Historia del Derecho en México. México. UNAM. 1981. p.631

19 FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Apuntes históricos sobre la ciencia del derecho administrativo en México. Publicado en: Estudios Jurídicos en homenaje a Marta Morineau. Tomo I. México. UNAM.2006. p. 170.

20 Ibid. p. 171.

21 LIRA GUILLÉN, Op. Cit. p. 632

22 FERNÁNDEZ RUIZ, Op. Cit. p.168-169

El desarrollo de este Contencioso en México duró el tiempo que Santa Anna permaneció en el poder, que fue hasta el año de 1855. Posteriormente se le consideró inconstitucional, ya que según reputados autores de la época, el poder ejecutivo estaba atentando contra el principio constitucional de separación de poderes, porque administraría y juzgaría al mismo tiempo<sup>23</sup>.

Según el autor Jacinto Pallares, el implantar este modelo de Contencioso – Administrativo, también es violatorio de la Constitución, porque allí se consagra la prohibición según la cual “nadie puede ser juzgado... por Tribunales Especiales”.<sup>24</sup>

### C. EL DESARROLLO EN COLOMBIA

#### • LAS RELACIONES COLONIALES

En la antigua Nueva Granada operó plenamente el sistema que hemos esbozado en la Situación General. Pero no se presentaron conflictos entre los poderes judicial y gubernativo. Para demostrar esto traemos un caso del siglo XVII que nos comprueba el sometimiento de las autoridades gubernamentales a la judicatura.

En el año de 1623 una autoridad española decidió cambiar de ubicación un pueblo de indios que se encontraba asentado en tierra caliente a tierra fría. Como consecuencia de esta reubicación muchos de los indígenas mueren. Razón por la cual el cacique decide apelar de esta actuación de gobierno que les estaba generando agravios.

La Real Audiencia conoce del asunto y determina que se debe volver a ubicar a los aborígenes en tierra caliente.<sup>25</sup>

Como vemos por este caso, la situación en nuestro país durante la colonia fue de control sobre las actuaciones administrativas. Debemos resaltar que este control era ejercido por el mismo juez que decidía los asuntos entre los particulares.

#### • SITUACIÓN EN EL SIGLO XX Y CREACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO

La Constitución de 1886 trajo este órgano a nuestra estructura político constitucional. Asignándole las competencias consultivas, más la de presentar proyectos

23 VALLARTA, Ignacio. Cuestiones Constitucionales. Votos que como Presidente de la Suprema Corte de Justicia dio en los negocios más notables resueltos por este Tribunal desde mayo de 1878 a septiembre de 1879. Tomo I. México. Editorial Porrúa. 1989. p. 352

24 PALLARES, Jacinto. Legislación Federal complementaria del Derecho Civil Mexicano. México. 1864. Citado por: FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo. México. Editorial Porrúa. 1993. p. 452.

25 MALAGÓN PINZON, Miguel. Vivir en Policía, Op. Cit. p. 274

de ley y códigos, y la de ser el máximo juez de la Administración Pública<sup>26</sup>. El artículo 164 de este texto preceptuó que la “ley podrá establecer la jurisdicción contencioso-administrativa, instituyendo tribunales para conocer de las cuestiones litigiosas ocasionadas por las providencias de las autoridades administrativas de los departamentos y atribuyendo al Consejo de Estado la resolución de las promovidas por los centros superiores de administración”.<sup>27</sup>

Esta disposición fue desarrollada por la ley 130 de 1913, que tuvo como ponente al prestigioso abogado Eduardo Rodríguez Piñeres, quien fundamentó la importación del juez especial porque

Hay cuestiones que por su naturaleza misma son del resorte de la administración pública y no pueden llevarse ante la justicia ordinaria sino en la forma de una acusación contra el funcionario o empleado que ejecutó un acto ilegal lesivo de un derecho civil. Así, verbigracia, si un prefecto o alcalde lleva a la cárcel indebidamente a un ciudadano, este tendrá acción criminal contra aquellos empleados para que se les castigue por razón del delito cometido, pero tiene ante quien quejarse para que se ponga fin a la prisión indebida, y no puede establecerse que esa queja se eleve al Poder Judicial, porque la intervención de éste en la materia lo haría inmiscuirse en una cuestión que pugnaría abiertamente con sus funciones tutelares y que entorpecería la marcha de la administración pública.<sup>28</sup> (Subrayas fuera del texto)

El profesor Libardo Rodríguez comenta que se le asignó al Consejo esta función de ser el juez de la Administración, porque se llegó a la “consideración de que dichos asuntos (los administrativos) debían estar regidos por normas y principios especiales diferentes de los que regían la actividad de los particulares.”<sup>29</sup>

Continúa el mismo autor diciendo que

La afirmación anterior encuentra respaldo en el contexto histórico de derecho comparado de la época, que permite constatar fácilmente que esa idea estaba de moda en Francia, donde se había originado y donde, por razones históricas

---

26 En los debates de la Carta de 1886, y en concreto en lo tocante con el control de los reglamentos administrativos inconstitucionales o ilegales dijo Miguel Antonio Caro que “Los particulares agraviados por providencias administrativas podrán siempre ocurrir a los Tribunales ordinarios, según la práctica anterior, o a los especiales contencioso-administrativos, que por ley podrán crearse (...)”. Antecedentes de la Constitución Colombiana de 1886 y debates del Proyecto en el Consejo Nacional Constituyente. Bogotá. Librería Americana. 1913. p. 95.

27 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Un siglo de Derecho Administrativo en Colombia. Publicado en: El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en Homenaje al profesor Allan Randolph Brewer-Carías. Tomo II. Madrid. Civitas. 2003. p. 1336.

28 RODRÍGUEZ PIÑERES, Eduardo. Ley Colombiana sobre la Jurisdicción de lo Contencioso, Op. Cit. p. 4.

29 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Un siglo de Derecho Administrativo en Colombia. Op. Cit. p. 1336

diferentes, a finales del siglo XVIII se había creado un Consejo de Estado con carácter consultivo del gobierno, el cual, por virtud del ejercicio de su propio poder, había venido creando una serie de principios y reglas especiales para regular la administración del Estado, hasta llegar a obtener, a finales del siglo XIX, el reconocimiento de juez de esa misma administración.<sup>30</sup>

#### • LA COPIA DE LA TEORÍA FRANCESA DEL ACTO DE GOBIERNO

Los actos de gobierno en Colombia han tenido un desarrollo muy prolijo. Nos ocuparemos solamente de estos en materia administrativa.

El caso más conocido fue el del archipiélago de los Monjes. Estos islotes quedan cerca de la Guajira y el Estado colombiano tuvo desde el siglo XIX un diferendo limítrofe con Venezuela por la soberanía de los mismos.

En el año de 1952 el Presidente de Colombia Roberto Urdaneta Arbeláez y su Ministro de Relaciones Exteriores redactaron una nota diplomática, dirigida al embajador de Venezuela en Colombia, en la que reconocían la soberanía de este país sobre las nombradas islas.<sup>31</sup>

Esta nota diplomática fue demandada en el año de 1971 ante el Consejo de Estado, quien decidió inadmitirla. Se interpuso el recurso de súplica y le correspondió decidirlo al Consejero Humberto Mora Osejo. Este admitió la demanda argumentando que en Colombia no tenían existencia los actos de gobierno, como actos carentes de control ya que nuestro país es un Estado de Derecho en donde todos los actos tienen control judicial.

Posteriormente en 1976 el Consejo falló este caso y el mismo fue inhibitorio. Ya que no había materia para pronunciarse, por cuanto la Jurisdicción Contencioso –Administrativa, sólo esta instituida para conocer las demandas contra los actos administrativos y en este caso se estaba en presencia era, de un acto de gobierno.<sup>32</sup>

Posteriormente en 1984, se demandó ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, el segundo inciso del artículo 82 del nuevo Código Contencioso, que disponía que los actos de gobierno en Colombia, sólo era juzgables por razones de forma. La Corte con ponencia de Ricardo Medina Moyano declaró inconstitucional el mencionado inciso.

---

30 Ibid.

31 SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Op. Cit. p. 150-156

32 Ibid.

Esta circunstancia sirvió para que el año de 1993, la nota diplomática fuera demandada nuevamente ante el Consejo de Estado. Y allí por fin, en providencia cuyo ponente fue Ernesto Rafael Ariza, se decidió anular este acto administrativo.<sup>33</sup>

Aquí vemos que el Consejo tardó cuarenta años en reformular la postura que copiamos de Francia. Situación que para el caso en concreto no aportó mucho, pues se perdieron los islotes y sobre todo los recursos naturales no renovables que estaban en su territorio.

- **EL CONSEJO DE ESTADO MEJOR ALIADO DEL GOBIERNO**

Como lo establece el profesor Manuel Fernando Quinche<sup>34</sup>, la Jurisdicción de lo Contencioso - Administrativo ha venido avalando actuaciones inconstitucionales del ejecutivo. Esta situación se ha presentado en materia de Estados de Excepción. Como es sabido, el control de estos instrumentos jurídicos por disposición de la Carta de 1991, recae exclusivamente en la Corte Constitucional.

Desde la promulgación de la Constitución, la Corte ha efectuado un control bastante estricto sobre los Estados de excepción, para evitar que se siguiera produciendo la anormalidad de la Constitución de 1886, en cuya vigencia no se encausó esta facultad del ejecutivo por seguir el modelo francés del acto de gobierno como incontrolable<sup>35</sup>.

El Gobierno para evitar este control de la Corte ha proferido unas disposiciones que en lo sustancial son decretos legislativos, propios de los Estados de Excepción, pero que en la forma reciben el nombre de resoluciones ejecutivas. Estas según el ejecutivo colombiano son actos administrativos de carácter general.

Al ser calificadas como actos administrativos, su juez ya no es la Corte Constitucional sino el Consejo de Estado, quien por regulación constitucional es el órgano competente para controlar todas las actuaciones administrativas, sean estas de carácter general o particular.

Esta situación se ha presentado por ejemplo, con la llamada Resolución Ejecutiva No. 129 de 2002, “por la cual se delimitan unas zonas de rehabilitación y consolidación y se designan sus comandantes”. En palabras del tratadista Quinche,

---

33 Ibid.

34 QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. La lectura Administrativa de la Constitución Política. Bogotá. Revista Universitas. Pontificia Universidad Javeriana. No. 104. Diciembre de 2002. p. 149-165.

35 GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. El Constitucionalismo perverso. Publicado en el caleidoscopio de las justicias. Tomo I. Bogotá. Varios. Editores. 2001

Este instrumento, en tanto designado como resolución ejecutiva, debería entenderse como un acto administrativo, y por lo mismo, su control escaparía a la Corte Constitucional, para ser radicado en el Consejo de Estado, con lo cual se lograría, que su control no fuera automático (como con los Estados de Excepción) y que en caso de ser demandado, demorara cuando menos dos años en el trámite de la decisión<sup>36</sup>.

Así las cosas, tenemos que el ejecutivo para evitar el control judicial recurre al Consejo de Estado, ente que en teoría debe ser imparcial pero que opera como el mejor aliado del Gobierno. Es decir que se acude a un juez que no controla las actuaciones de la Administración.

No deja de ser llamativo, por decir lo menos, el comportamiento del derecho administrativo colombiano copiando el modelo francés de justicia especial e implantando categorías como la de actos de gobierno, que son totalmente contrarias a un prototipo de Estado Social y Democrático de Derecho, como se supone que es el colombiano.

#### IV. CONCLUSIONES

Nos parece interesante para concluir, contrastar nuestro escenario con el español. País que no tiene un Consejo de Estado, sino que cuenta con un modelo judicialista. Es decir, con un solo juez para encausar a la administración y también a los particulares. Este juez se llama Tribunal Supremo, quien cuenta con una sala que se denomina de lo contencioso- administrativo. Este Tribunal desde la nueva Constitución de 1978 ha rechazado la teoría del acto de gobierno.

Allí en 1998 se expidió la más reciente ley de lo contencioso- administrativo. Es decir esta es la normativa que le confiere la competencia para actuar a la sala de lo contencioso- administrativo. En la exposición de motivos se estableció que

La ley parte del sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de Derecho. Semejante principio es incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad, llámense actos políticos, de gobierno, etc., excluida per se de control jurisdiccional. Sería ciertamente un contrasentido que una ley que pretende adecuar el régimen legal de la jurisdicción contencioso- administrativa a la letra y al espíritu de la constitución, llévase a cabo la introducción de toda una esfera de actuación gubernamental inmune al derecho. En realidad el propio concepto de "acto político" se halla hoy en franca retirada del derecho

---

36 Ibid. p. 164.



público europeo. Los intentos encaminados a mantenerlo, ya sea delimitando genéricamente un ámbito en la actuación del poder ejecutivo regido sólo por el derecho constitucional, y exento del control de la jurisdicción contencioso-administrativa, ya sea estableciendo una lista de supuestos excluidos del control judicial, resultan inadmisibles en un Estado de Derecho.<sup>37</sup>

Vemos que desde el derecho europeo se rechazan los planteamientos franceses y se busca encausar todas las competencias del ejecutivo al Estado de Derecho, a través del juez ordinario, como lo es el Tribunal Supremo.

Pensamos que si no hubiéramos importado el sistema francés de juez especial, nuestro sistema jurídico-político sería más fuerte. Porque de acuerdo a como lo vimos, este modelo responde a unas circunstancias particulares de Francia, que se fundamentaron en el autoritarismo y en el rechazo al control de los jueces ordinarios. Nuestro Consejo ha sido el mejor aliado del Gobierno, pues como lo hemos estudiado ha generado y fomentado comportamientos absolutistas dentro de nuestro ordenamiento administrativo.

Es decir que si no tuviéramos Consejo de Estado las relaciones entre los poderes ejecutivo y judicial serían muy diferentes. Porque nuestros jueces ordinarios hubieran sometido de mejor manera al gobierno, a como lo ha hecho el Juez Especial de la Administración. Piénsese por ejemplo en el valeroso papel desempeñado por nuestra Corte Suprema en el caso de la parapolítica, y otra hubiera sido la historia si esos procesos los hubiera llevado el Consejo de Estado.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACEVEDO, Edberto Oscar. La causa de policía o gobierno. Publicado en: Estudios sobre la Real Ordenanza de Intendentes del río de la Plata. Buenos Aires. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. 1995.
- BRAIBANT, Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa. Bogotá. Ediciones El Profesional. 2001.
- BRAVO LIRA, Bernardino. Protección Jurídica de los gobernados en el nuevo mundo (1492-1992) Del absolutismo al Constitucionalismo. Publicado en: Homenaje al profesor García Gallo. Vol.3b. Madrid. Universidad Complutense. 1992.
- CARO, Miguel Antonio. Antecedentes de la Constitución Colombiana de 1886 y debates del Proyecto en el Consejo Nacional Constituyente. Bogotá. Librería Americana. 1913.

---

37 MUÑOZ MACHADO, Santiago. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo I. Madrid. Civitas. 2004. p.590

- CASSESE, Sabino. *Las bases del Derecho Administrativo*. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública. 1994.
- DE LAUBEDERE, André. *Manual de Derecho Administrativo*. Bogotá. Editorial Temis. 1984.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. *Apuntes históricos sobre la ciencia del derecho administrativo en México*. Publicado en: *Estudios Jurídicos en homenaje a Marta Morineau*. Tomo I. México. UNAM. 2006.
- FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. México. Editorial Porrúa. 1993.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *El Constitucionalismo perverso*. Publicado en el caleidoscopio de las justicias. Tomo I. Bogotá. Varios. Editores. 2001
- GARRIDO, Nuria. *El Acto de Gobierno*. Barcelona. Cedecs Editorial. 1998.
- GÓNGORA, Mario. *El Estado en el Derecho Indiano*. Santiago de Chile. Instituto de Investigaciones Históricas Culturales. 1961.
- GOODNOW, Francisco. *Derecho Administrativo Comparado*. Tomo II. Madrid. La España Moderna. 1875.
- LARES, Teodosio. *Lecciones de Derecho Administrativo*. México. Imprenta de Ignacio Cumplido. 1853.
- LIRA GUILLEN, Andrés. *El Contencioso Administrativo y el Poder Judicial en México a mediados del siglo XIX*. Notas sobre la Obra de Teodosio Lares. Publicado en: *Memoria del II Congreso de Historia del Derecho en México*. México. UNAM. 1981.
- MALAGÓN PINZÓN, Miguel. *Vivir en Policía. Una contra lectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2007.
- MANNORI, Lucca y SORDI, Bernardo. *Storia del diritto amministrativo*. Roma – Bari. Editori Laterza. 2001.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Tomo I. Madrid. Civitas. 2004.
- QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. *La lectura Administrativa de la Constitución Política*. Bogotá. Revista Universitas. Pontificia Universidad Javeriana. No. 104. Diciembre de 2002.
- REES JONES, Ricardo. *El despotismo ilustrado y los Intendentes de la Nueva España*. México. UNAM. 1979.
- RODRÍGUEZ PIÑERES, Eduardo. *Estudio crítico a la Ley Colombiana sobre la Jurisdicción de lo contencioso – administrativo*. Bogotá. Librería Americana. 1914.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. *Un siglo de Derecho Administrativo en Colombia*. Publicado en: *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en Homenaje al profesor Allan Randolph Brewer- Carías*. Tomo II. Madrid. Civitas. 2003.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Sobre la génesis del Derecho Administrativo Español en el siglo XIX (1812-1845)*. Sevilla. Instituto García Oviedo. 1973.

- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2002.
- VALLARTA, Ignacio. Cuestiones Constitucionales. Votos que como Presidente de la Suprema Corte de Justicia dio en los negocios más notables resueltos por este Tribunal desde mayo de 1878 a septiembre de 1879. Tomo I. México. Editorial Porrúa. 1989.
- VILLAPALOS, Los recursos en materia administrativa en Indias Siglos XVI y XVII. Notas para su estudio. Anuario de Historia del Derecho Español. XLVI .Madrid. CSIC. 1976.





Autora: Adriana Botero Martínez

Título: Vermeer a mi manera

Técnica: Lápiz y acuarela  
con intervención digital

Dimensión: 10 x 10

Año: 1997

## ***DERECHOS DE LOS RECLUSOS EN LOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES\****

---

\* La presente publicación es una síntesis del informe final de la investigación titulada: “Derechos Fundamentales de las personas privadas de la libertad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado”, desarrollada y financiada por el Grupo de Investigación “Sistema Penitenciario” de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, finalizada en Julio de 2010.

Fecha de recepción: agosto 27 de 2010

Fecha de aprobación: octubre 26 de 2010

## DERECHOS DE LOS RECLUSOS EN LOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES

*Juan David Posada Segura (Ph.D.)\*\**

*AUXILIARES DE INVESTIGACIÓN\*\*\**

*Ivonne Llerena López*

*Natalia Giraldo Cano*

*Carolina Palacio Hidalgo*

*Cindy Vanessa Barrientos*

### RESUMEN

La violación de los derechos fundamentales de los privados de la libertad ha sido objeto de numerosos estudios, en los que se ha insistido que es un problema atribuible al nivel de aplicación de la norma, sin embargo en esta investigación se estudia la definición jurisprudencial de los derechos de los privados de libertad, o en otras palabras el nivel de interpretación de la norma penitenciaria y de los derechos de los reclusos, con el ánimo de encontrar en este nivel –anterior al nivel de la aplicación- una explicación a la violación de los mencionados derechos.

**Palabras clave:** Derechos humanos, Derechos Fundamentales, Reclusos, Personas Privadas de la Libertad, Jurisprudencia, Consejo de Estado, Jurisprudencia Constitucional.

### FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE PRISONERS IN THE JUDICIAL PRONOUNCES

#### ABSTRACT

The violation of the human rights of the persons deprived of liberty has been the subject of numerous studies, which have insisted that it is a problem attributable to the scope of the rule, however the present research studies the jurisprudential definition of the rights of people deprived of liberty or in other words, the level of interpretation of penitentiary norm and the norm of rights of inmates, with the aim of finding at this level – prior to the level of the application- an explanation for the violation of the rights mentioned.

**Keywords:** Human Rights, Fundamental Rights, inmates, persons deprived of liberty, jurisprudence, Council of State, constitutional jurisprudence.

---

\*\* Investigador principal, Docente investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia; Abogado, Universidad de Antioquia; Magister en Derechos Humanos, Universidad Internacional de Andalucía; Doctor *Cum Laude* en Derecho, Sociología Jurídico-Penal Universidad de Barcelona. juandavid@posadasegura.org www.posadasegura.org

\*\*\* Las cuatro auxiliares de investigación son estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia y hacen parte del Semillero de Derecho Penitenciario. www.derechopenitenciario.org

# DERECHOS DE LOS RECLUSOS EN LOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES

## INTRODUCCIÓN

Este artículo tiene como objeto dar cuenta de la investigación llevada a cabo por el grupo de investigación “Sistema Penitenciario” de la Universidad de Antioquia, con el apoyo del Semillero de Derecho Penitenciario, titulada *-Derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado-* y que se ocupa de la definición jurisprudencial de los derechos de las personas privadas de la libertad en Colombia.

La investigación se enmarca dentro de lo que el Prof. Iñaki Rivera Beiras (Rivera Beiras, 1997) ha denominado como “construcción de un ciudadano de segunda categoría”, concentrándonos –en este caso- en su construcción jurisprudencial; este concepto nos sugiere la existencia de ciudadanos que no solamente reciben un trato “de segunda” al momento de la aplicación de las normas penitenciarias, sino que este tratamiento se da –incluso- desde el mismo momento de la interpretación jurisdiccional de dichas normas.

La presentación de los resultados se ciñe a la tradicional clasificación de los derechos humanos, apoyada en un primer catálogo que contiene los derechos civiles, luego los derechos políticos y posteriormente los derechos económicos, sociales y culturales, para concluir con las garantías procesal penales aplicadas específicamente a la privación de la libertad.

La investigación se trazó como objeto describir el escenario jurisprudencial de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad en Colombia desde la proclamación de la Constitución de 1991. Para tal fin se elaboró un documento en el que se determinó cuáles son los derechos fundamentales que se ven implicados -por suspensión o por limitación- en virtud de la privación de la libertad estatal por un lado, además de aquellos derechos que no se pueden ver *legítimamente* afectados en virtud de la privación de la libertad en el marco de un Estado de derecho como el colombiano. Seguidamente, se elaboró un informe que dio cuenta de los argumentos jurídicos comúnmente expuestos por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado con respecto a los derechos fundamentales de las personas legalmente privadas de la libertad en Colombia; además de advertir sobre las responsabilidades que por violación de derechos fundamentales son atribuibles a la administración penitenciaria colombiana.

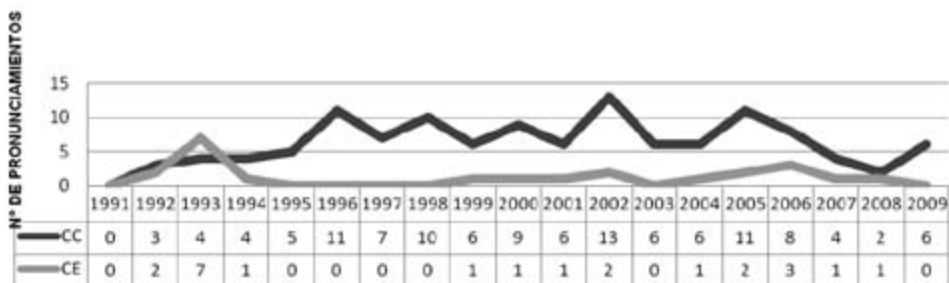
Este trabajo se articula a partir de dos ejes fundamentales: en primer lugar encontramos la delimitación normativa de los derechos fundamentales que se ven implicados en la pena privativa de la libertad y en la detención preventiva; y en segundo lugar está la interpretación que por vía jurisprudencial desarrollan la Corte constitucional y el Consejo de Estado sobre la normatividad penitenciaria y sobre los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad en Colombia.

En el desarrollo de esta investigación fue necesario abordar los Autos y Sentencias de tutela y de constitucionalidad proferidas por la Corte Constitucional, y Autos y Sentencias proferidas por el Consejo de Estado; además fue relevante analizar normas jurídicas (Leyes, decretos, resoluciones administrativas y documentos oficiales del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC), así como documentos de la Rama Judicial dirigidos a jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad.

## HALLAZGOS

Esta investigación se encargó del análisis y estudio de 397 sentencias de las Altas Cortes. A continuación se presenta, a modo de compilación, los aspectos más relevantes de los derechos fundamentales, mayormente implicados en las condiciones de la privación de la libertad.

### DERECHO A LA VIDA



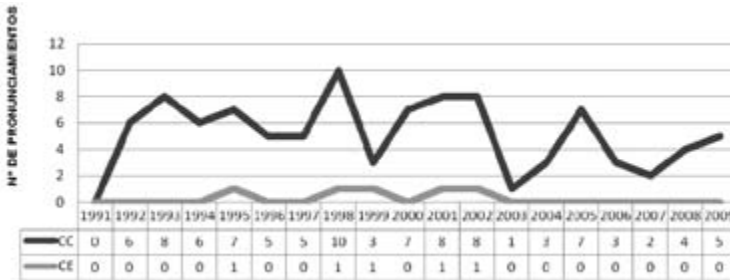
Fuente: Elaboración propia

Se trata del derecho fundamental que en materia de privación de la libertad cuenta con mayor número de pronunciamientos; tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, han sido garantistas en materia de definir el alcance del derecho a la vida de las personas privadas de la libertad. Ambas Corporaciones han definido que éste es uno de los derechos que permanece incólume, y en este sentido es



igual al de las personas que se encuentran en libertad, con el mismo contenido, las mismas garantías y sin ningún tipo de limitaciones.

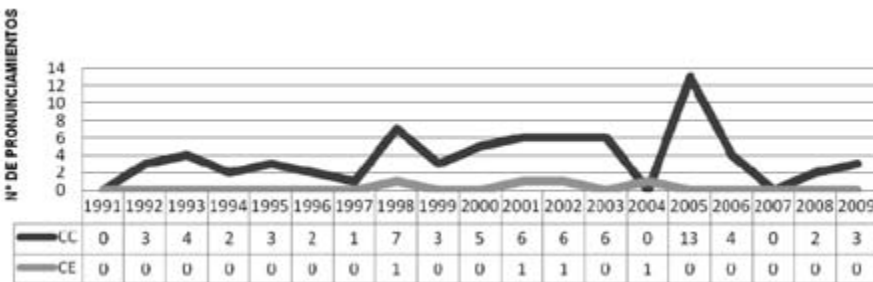
### DERECHO A LA LIBERTAD



Fuente: Elaboración propia

El Consejo de Estado como máximo tribunal de lo contencioso administrativo no ha tenido un amplio desarrollo en lo concerniente al derecho a la libertad de quienes se encuentran reclusos en los establecimientos del país; se logró constatar que tan solo hay tres providencias que abarcan -de forma exclusiva- el tema de beneficios administrativos en lo referente al permiso de las 72 horas. Caso contrario sucede con la Corte Constitucional la cual realiza un desarrollo más amplio al respecto, abarcando todas las esferas en las que está enmarcado el derecho a la libertad durante los periodos de reclusión. No obstante, ambos Tribunales guardan cierta correspondencia en asuntos relativos a los beneficios administrativos pues, en últimas, reconocen la existencia de ciertos requisitos y su estricto cumplimiento para acceder al beneficio.

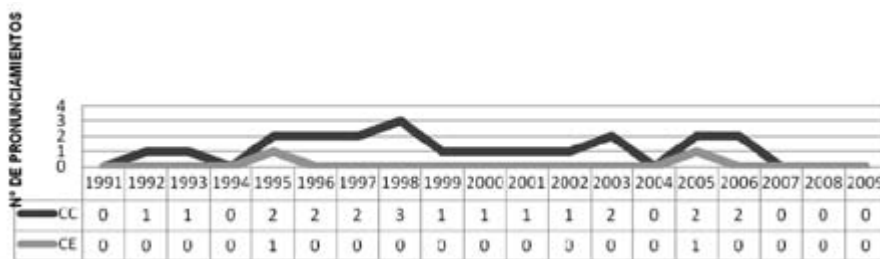
### DERECHO A LA IGUALDAD Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN



Fuente: Elaboración propia

Haciendo un análisis comparativo, se puede afirmar que, la Corte Constitucional ha tenido un mayor número de pronunciamientos con respecto al Consejo de Estado. Cabe anotar que en ambos Tribunales se han dejado ver graves problemas de discriminación en materia penitenciaria, ya que normativa y constitucionalmente se afirma que *“se prohíbe toda forma de discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”*, las mismas leyes permiten que se establezcan *“distinciones razonables por motivos de seguridad, de resocialización y para el cumplimiento de la sentencia y de la política penitenciaria y carcelaria”* (Ley 65 de 1993, artículo 3). Es de resaltar la amplitud y polivalencia de los términos, dando pie con ello a un gran margen de interpretaciones asumidas por las autoridades administrativas penitenciarias.

### DERECHO A NO SER SOMETIDO A TORTURAS, TRATOS CRUELES, DEGRADANTES E INHUMANOS



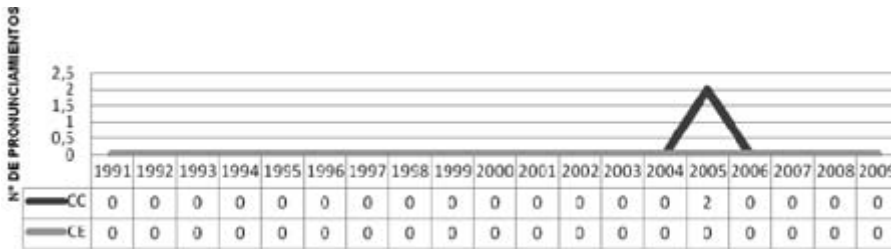
Fuente: Elaboración propia

La Corte Constitucional le ha dado un mayor desarrollo jurisprudencial al derecho a no ser sometido a torturas, tratos crueles, degradantes e inhumanos, no obstante, hay que resaltar los pronunciamientos y diferentes enfoques que han tenido ambas Cortes; inclusive, hasta se podría decir que son complementarios, pues mientras la Corte Constitucional se ocupa más de aspectos relacionados con el tratamiento humano que se le debe dar a las personas privadas de la libertad, el Consejo de Estado vela porque no se cometan arbitrariedades y abusos de poder, no sólo por parte de la administración, sino también entre los mismos internos.

Para entender este derecho hay que tener claro que la pena no tiene un sentido de retaliación social o de venganza, ni puede ser aplicada con resentimiento y mucho menos con desprecio hacia el ser humano que purga sus faltas contra el ordenamiento jurídico, por lo cual se encuentra privado de su libertad. La pena tiene un carácter resocializa-

dor que debe aplicarse conforme a derecho, sin que el Estado, que tiene la función de administrar justicia, abuse de sus atribuciones ni se iguale al delincuente.

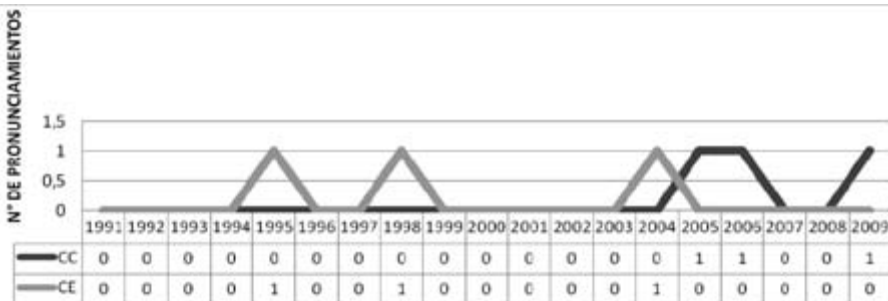
**DERECHO A NO SER SOMETIDO A ESCLAVITUD O SERVIDUMBRE**



Fuente: Elaboración propia

Este derecho ha tenido un desarrollo jurisprudencial casi nulo por parte de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado. Las leyes y los reglamentos son los que llenan de contenido este derecho el cual está íntimamente ligado a la libertad de los reclusos, siendo altamente vulnerado debido a que las cárceles y penitenciarías no cuentan con los suficientes recursos, ni con la infraestructura necesaria -y en algunos casos con la voluntad requerida- para garantizarle a cada interno un trabajo digno con el que pueda redimir pena, y con el que día a día pueda acercarse a su libertad. Además, el trabajo es el único medio idóneo para que el Estado cumpla con el fin esencial de la pena, que es la resocialización.

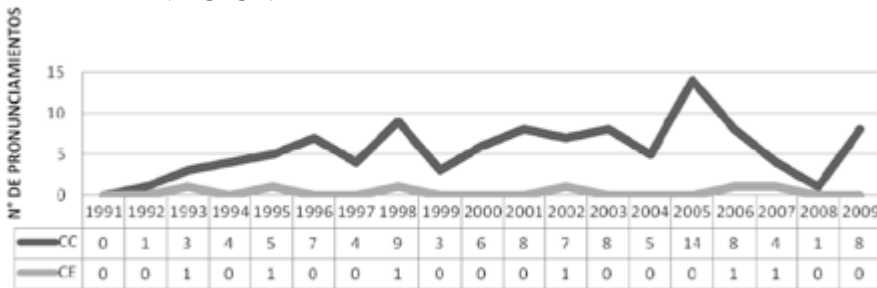
**DERECHO A NO SUFRIR DETENCIÓN, PRISIÓN O DESTIERRO ARBITRARIOS**



Fuente: Elaboración propia

Se puede decir que el derecho a no sufrir detención, prisión o destierro arbitrarios tiene muy poco desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado y, además de esto, es uno de los derechos que más se vulnera en las penitenciarías del país; debido a la cantidad de trámites administrativos y al poco personal -ética y profesionalmente capacitado para cumplir con estas funciones-, las personas privadas de la libertad pagan muchos más días de los que aparecen en su condena, y los beneficios administrativos no favorecen exclusivamente a los que cumplan con los requisitos legales.

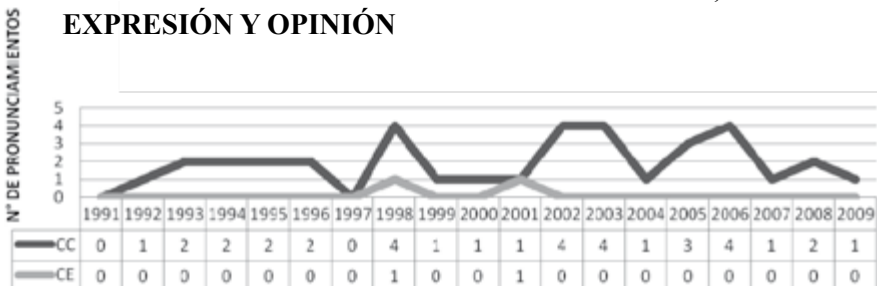
### DERECHO A UN TRATAMIENTO HUMANO DURANTE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD



Fuente: Elaboración propia

La Corte Constitucional afirma que la privación de la libertad es el único castigo que se le puede infligir a las personas que cometen un hecho ilícito, solo esa puede ser su condena por transgredir la ley, y por tanto, el trato que se les da al interior del establecimiento penitenciario debe estar totalmente acorde con la dignidad humana, pues esta condición no se elimina por el hecho de estar privado de la libertad; por su parte, el Consejo de Estado se ha limitado a explicar el sentido de la norma sin salirse de los parámetros estrictamente legales, incluso cuando alguno de ellos está en contravía a los derechos fundamentales y las normas constitucionales.

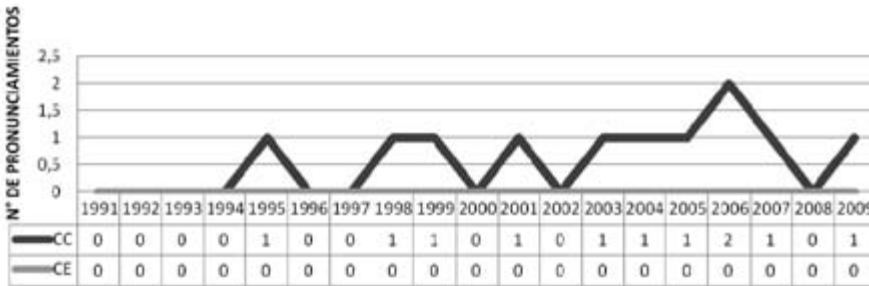
### DERECHO A LA LIBERTAD DE PENSAMIENTO, CONCIENCIA, EXPRESIÓN Y OPINIÓN



Fuente: Elaboración propia

Ambos Tribunales coinciden en el trato que han otorgado a este derecho, manteniendo un nivel de garantías similar. Si bien reconocen la existencia del derecho, se superponen otras razones que justifican su limitación. Es notoria –una vez más– como las razones de seguridad al interior de los establecimientos penitenciarios llegan a prevalecer sobre los derechos de las personas privadas de la libertad, y que finalmente se convierten en razones que justifican la restricción y limitación a los mismos.

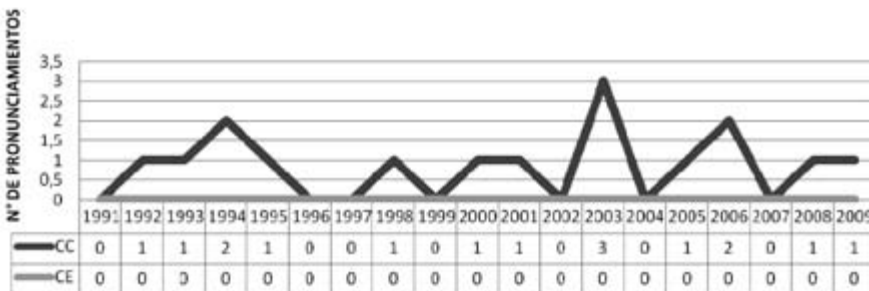
**DERECHO A LA LIBERTAD DE RELIGIÓN**



Fuente: Elaboración propia

Este derecho, sin lugar a dudas ha tenido un exiguo tratamiento desde la Corte Constitucional, e inexistente en el Consejo de Estado, esto se debe -presumiblemente- a la baja ocurrencia de violaciones de este derecho en los centros de reclusión del país.

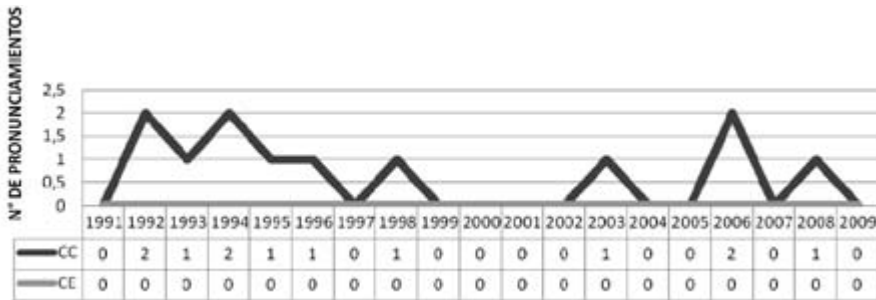
**DERECHO A LA LIBERTAD DE REUNIÓN Y ASOCIACIÓN PACÍFICA**



Fuente: Elaboración propia

El derecho a la libertad de reunión y asociación pacífica es reconocido y garantizado por ambos Tribunales sustentando que se hace efectivo mediante la conformación de comités, así los internos –bajo condicionamiento- tienen la posibilidad de acceder a estos grupos con el fin de validar el ejercicio del mencionado derecho.

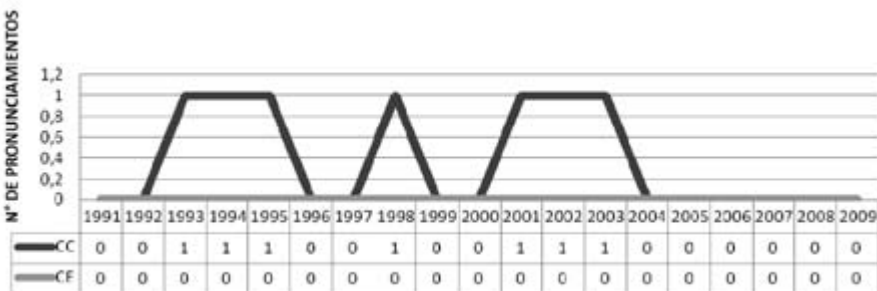
### DERECHO A NO SUFRIR INJERENCIA ARBITRARIA EN LA CORRESPONDENCIA



Fuente: Elaboración propia

La primacía del orden, la seguridad y la convivencia de los establecimientos prevalece sobre este derecho de naturaleza fundamental constitucional, siendo restringido por las directivas de los centros de reclusión en la búsqueda de aquellos fines. Los pronunciamientos sobre este derecho hechos por la Corte Constitucional -aunque abarcan muy pocas sentencias- contienen puntos importantes que desarrollan el derecho a no sufrir injerencia arbitraria en la correspondencia. Sin embargo, no sucede lo mismo tratándose del Consejo de Estado, donde no se encuentra providencia alguna al respecto en el periodo comprendido entre 1991 y 2010.

### DERECHO A ELEGIR Y SER ELEGIDO



Fuente: Elaboración propia

La jurisprudencia del Consejo de Estado no ha desarrollado el derecho a elegir y ser elegido. Por su parte, la Corte Constitucional se ha referido a este derecho esporádicamente manifestando que es fundamental hallarse en ejercicio de la ciudadanía para poder ejercerlo, y por tanto, estar privado de la libertad no es razón para transgredirlo siempre y cuando el recluso no haya sido condenado, esto debido a la presunción de inocencia que lo ampara; además, señala que el proselitismo político se encuentra prohibido por razones de orden público ya que se entiende que una condena trae consigo la interdicción o suspensión de derechos políticos vinculados a la ciudadanía.

**DERECHO AL TRABAJO, A IGUAL SALARIO Y AL DESCANSO**

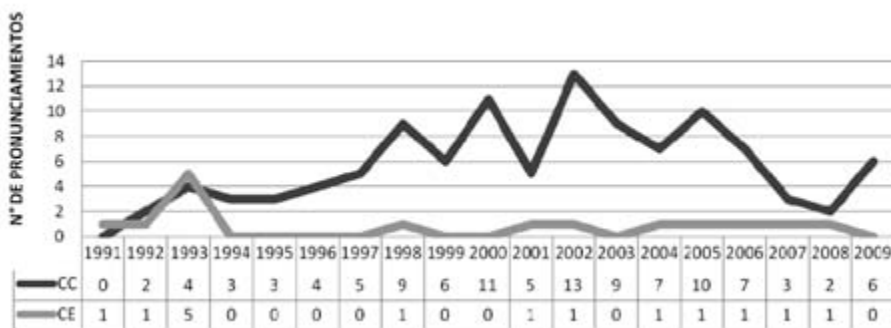


Fuente: Elaboración propia

La Corte Constitucional a lo largo de sus pronunciamientos ha sostenido que cuando se trata de las personas privadas de la libertad, el derecho fundamental al trabajo tiene una especial importancia ya que además de contener un valor dignificante y de superación humana, concurre a integrar el núcleo esencial del derecho a la libertad, puesto que brinda al interno la posibilidad de reducir el término de duración de la pena a través de la redención, al tiempo que se cumple con la finalidad de la pena, la cual es la resocialización del condenado.

Son muy pocos los pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre el derecho al igual salario y el derecho al descanso de las personas privadas de la libertad, y la jurisprudencia evidencia la falta de garantías y el desconocimiento de una serie de beneficios que se han consagrado en normas internacionales.

### DERECHO A LA SALUD Y AL BIENESTAR

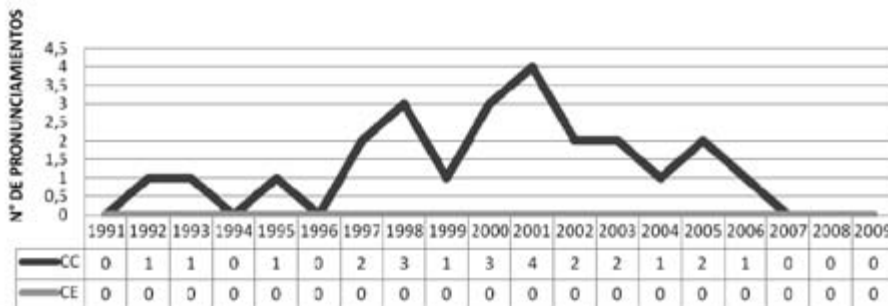


Fuente: Elaboración propia

La Corte Constitucional, en cuanto que el derecho fundamental a la salud, establece que no se puede limitar ni siquiera en razón de la privación de la libertad; conjuntamente, el Consejo de Estado no admite ninguna diferenciación en el alcance y contenido del derecho a la salud de las personas privadas de la libertad, en relación con las que no lo están. En este orden de ideas, debido a la situación de indefensión en la que se encuentran estas personas, la administración penitenciaria debe adoptar las medidas necesarias para garantizar el derecho a la salud, ya que su efectivo cumplimiento depende tanto de el detrimento de la salud, como de la adopción de acciones positivas, de prevención, promoción, y atención.



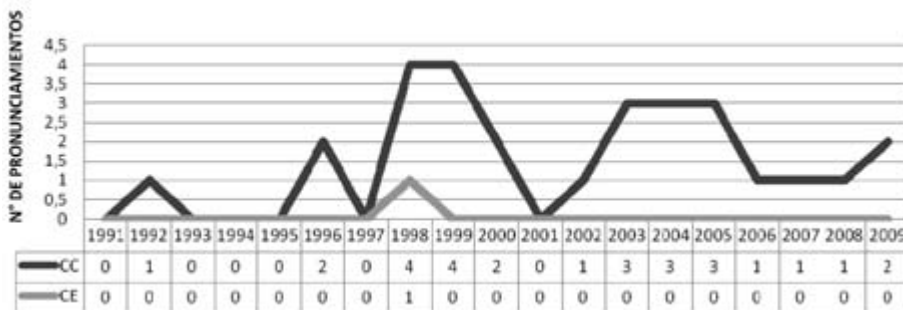
### DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL



Fuente: Elaboración propia

Sobre el derecho a la seguridad social, La Corte Constitucional ha mantenido la misma línea jurisprudencial, señalando que las personas privadas de la libertad “tienen derechos a ser afiliados a la seguridad social en salud, por lo que es necesario que el gobierno o el Legislador regulen un sistema especial para los reclusos, de tal forma que se les garantice una permanente y oportuna prestación de servicios médicos” (Sentencia T-233 de 2001). A diferencia de la Corte Constitucional, donde se encontró un amplio desarrollo jurisprudencial de este derecho, el Consejo de Estado no se ha pronunciado sobre el derecho a la Seguridad Social de las personas privadas de la libertad.

### DERECHO A LA ALIMENTACIÓN

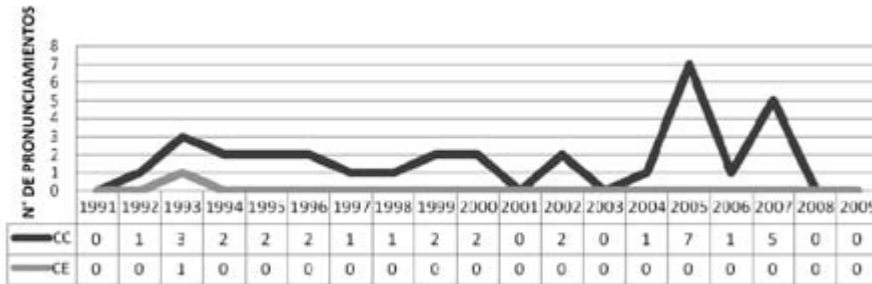


Fuente: Elaboración propia

Se trata de un derecho en el que el Consejo de Estado ha tenido un único pronunciamiento donde se limitó a aclarar simplemente el sentido en que se debía interpretar la norma; a diferencia de la Corte Constitucional que brindó un desarrollo más amplio del

derecho en mención. Situación que en últimas evidencia una posición más garante por parte del Tribunal constitucional.

## DERECHO A LA EDUCACIÓN, LAS ARTES Y LA CULTURA



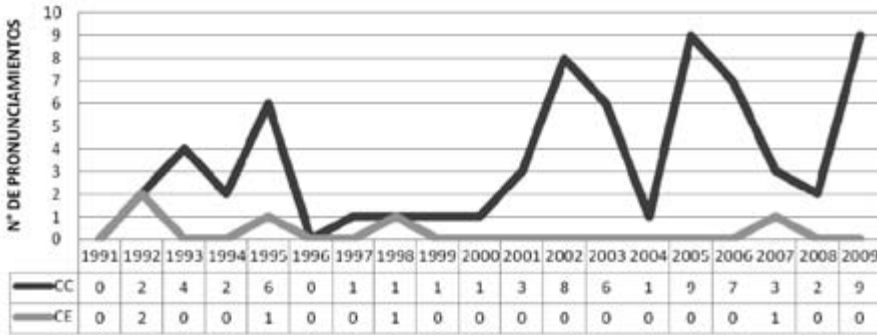
Fuente: Elaboración propia

En virtud de la figura de la redención de pena, el derecho a la educación se encuentra íntimamente ligado a la libertad del recluso ya que por medio del estudio o la enseñanza se puede reducir el tiempo de duración de la sanción penal. No obstante, debido a las condiciones de hacinamiento latentes en los centros de reclusión la mayoría de internos no pueden acceder a este beneficio ya que la oferta es muy poca con relación a la cantidad de personas que demandan este derecho.

La Corte Constitucional en todos sus pronunciamientos ha mantenido siempre la misma línea jurisprudencial, argumentando que es un derecho fundamental que se encuentra limitado en razón a la privación de la libertad lo cual impide que pueda ser ejercido en forma plena. Por su parte el Consejo de Estado, sólo ha emitido un único pronunciamiento, el cual abordó el derecho de una manera muy superficial sin permitir ver la postura de la Sala en cuanto a la situación del derecho.

Sobre el derecho a las artes y la cultura, sólo se han emitido dos pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional donde exclusivamente se menciona el derecho sin lugar a desarrollo alguno. Por su parte, el Consejo de Estado entre los años 1991 hasta el 2009, no se ha pronunciado al respecto.

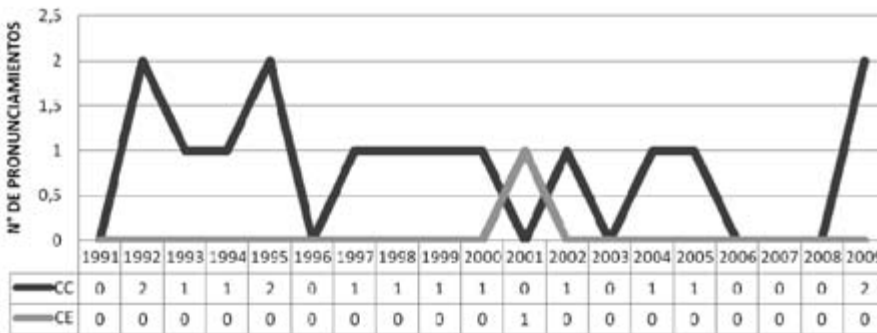
### DERECHO A LA CONSTITUCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA FAMILIA



Fuente: Elaboración propia

La Corte Constitucional y el Consejo de Estado reconocen la existencia, prevalencia e importancia del derecho a la constitución y protección de la familia de los penados, principalmente en lo concerniente al papel que desempeña la institución familiar en el acompañamiento del proceso de reinserción a la vida social. Sin embargo, en el reconocimiento que se hace, se fundamentan ciertas limitaciones al derecho, superiores a las generadas por el sólo fenómeno de la privación de libertad; situaciones que finalmente se legitiman en razón de la seguridad del establecimiento o de conveniencia para el interno, con estas medidas lo que se busca es garantizar otros derechos que se encuentran vulnerados en mayor medida.

### PRINCIPIO DE LEGALIDAD

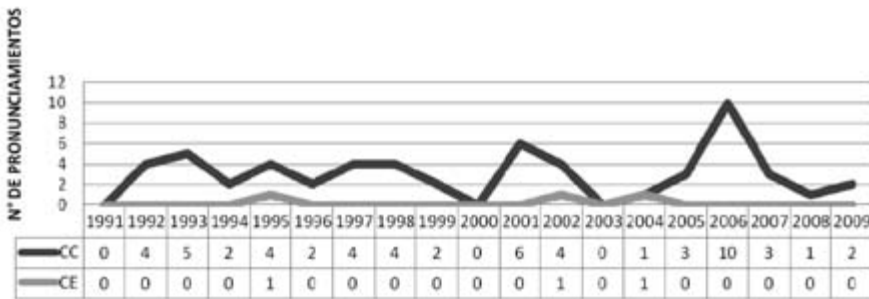


Fuente: Elaboración propia

En lo concerniente a este derecho, se logra identificar una congruencia de criterios entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional puesto que si bien son pocas las

sentencias emitidas por estas Corporaciones acerca de este principio, el desarrollo que ha tenido ha sido similar, señalando que el principio de legalidad determina la competencia y la forma de proceder a las autoridades judiciales y estatales; dicho de otro modo, las sanciones que aplique el Estado al interior de las prisiones, como las faltas disciplinarias, deben estar enmarcadas dentro de los parámetros que fija la ley, no obstante se tolera un mínimo de discrecionalidad para quienes las llevan a cabo, ya que la actividad penitenciaria exige que la disciplina se adecúe a cada caso concreto.

### **DERECHO A SER OÍDO POR UN TRIBUNAL, DERECHO DE DEFENSA CON PLENAS GARANTÍAS Y DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO ANTE LOS TRIBUNALES CONTRA VIOLACIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES.**



Fuente: Elaboración propia

De los pocos pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, sobre las garantías procesal penales de los internos, se puede deducir un gran apego por las disposiciones legales, con el fin de dar una cumplida ejecución a la ley sin consideración a los derechos fundamentales de estas personas, si tener en cuenta –en muchas ocasiones– que la imposición que cause sufrimientos innecesarios al delincuente, debe ser valorada como una acción independiente de la pena y por consiguiente como un ejercicio arbitrario de la fuerza.

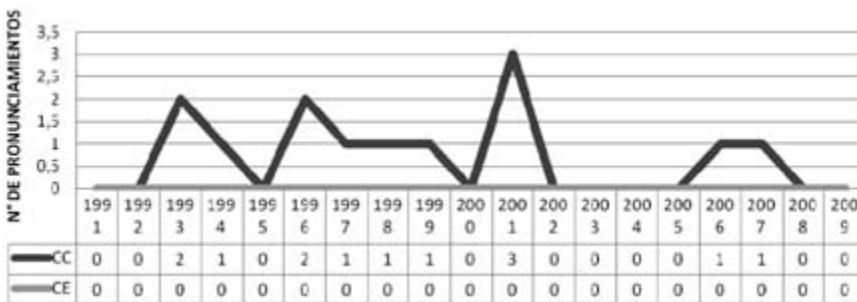
Pese a que el derecho a ser oído por un tribunal es fundamental para los reclusos ni la Corte Constitucional ni el Consejo de Estado le han hecho un especial énfasis, esto debido a que la regulación que se le ha dado ha limitado su cumplimiento al punto de volverlo ineficaz. El llamado a materializarlo, es el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, y en lugar de tener facultades decisorias sobre la administración penitenciaria, sobre el cumplimiento de las medidas preventivas y penas privativas de libertad o sobre los derechos de

los reclusos, se le asignan competencias de carácter administrativo que recaen en las personas condenadas y solo puede intervenir en el caso de que se entable la respectiva acción de tutela.

El recurso efectivo ante los tribunales contra violación de derechos fundamentales se materializa principalmente en Colombia a través de la “acción de tutela”, la cual encuentra su sustento normativo en el artículo 86 de la Constitución Política:

Por su parte, en el derecho al debido proceso y defensa con plenas garantías es evidente la falta de pronunciamientos por parte de las Altas Cortes, a sabiendas de que es una herramienta fundamental que ofrece seguridad jurídica en los procesos disciplinarios de los que son objeto los internos.

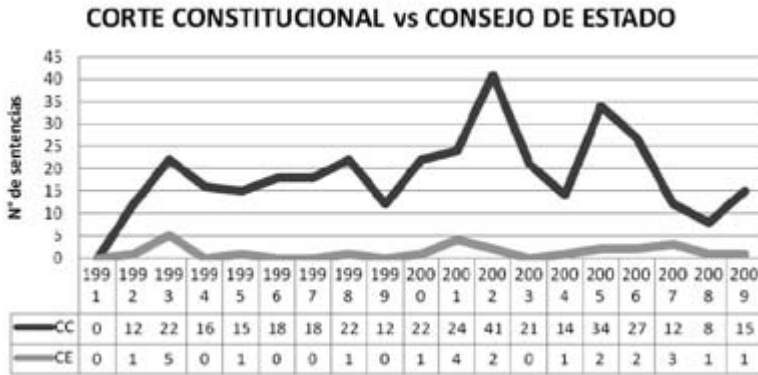
### DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA



Fuente: Elaboración propia

El Consejo de Estado no le ha dado un desarrollo a este principio como si lo ha hecho la Corte Constitucional mediante sus fallos, en los que se ha observado más desarrollo a nivel procesal penal concerniente a la privación de libertad como una medida preventiva; según esta Corporación, la restricción de la libertad se aplica bajo la necesidad de cumplir con los objetivos de la investigación penal, buscando el aseguramiento de la persona que comete el ilícito por un indicio grave de responsabilidad. Mientras que en materia disciplinaria penitenciaria se ha abordado muy poco el principio de presunción de inocencia, señalando que la sanción no debe aplicarse hasta que no se compruebe la responsabilidad del recluso y que debe estar contemplada previamente en la ley respetando el debido proceso y el *non bis in idem*.

## OBSERVACIONES FINALES



Fuente: Elaboración propia

La Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha manifestado que las personas privadas de la libertad son titulares, con plena vigencia, de todos sus derechos constitucionales, a renglón seguido agrega que en materia penitenciaria no se encuentran sujetos a ningún límite o restricción de derechos como: el derecho a la vida, integridad personal, salud, derecho de petición y el debido proceso. No obstante, en razón a la misma privación de la libertad, los reclusos tienen suspendidos los derechos a la libertad personal, a la libertad de “locomoción” y los derechos políticos a ocupar cargos públicos o a elegir y ser elegido para estos cargos; se ha señalado además que los privados de la libertad tienen simplemente limitados los derechos al libre desarrollo de la personalidad, el derecho de reunión y la especial protección de la familia.

La Corte Constitucional ha sido clara y reiterativa cuando señala que las personas privadas de la libertad se encuentran en un estado de vulnerabilidad derivado de las limitaciones impuestas a algunos de sus derechos fundamentales, y que los reclusos se encuentran en una situación de especial sujeción frente al Estado. A pesar de esto, se evidencia un desequilibrio, porque en repetidas ocasiones se permite que ciertas normas de carácter general -aplicables a todos- sean interpretadas de una manera diferente, o más claramente, se admite que los privados de libertad sean sometidos a un régimen jurídico más estricto que el aplicable a la generalidad.

Cabe anotar que existen diferentes tipos de obligaciones en cabeza de la Administración penitenciaria, que se concretan en el respeto y promoción de los derechos de las persona privadas de la libertad que no son susceptibles de suspensión, y en la necesidad de adoptar medidas para lograr la máxima efectividad de aquellos derechos que sufren restricciones en razón a la naturaleza de la pena.

La Corte Constitucional menciona como elementos característicos de la relación especial de sujeción de los reclusos, la subordinación de éstos frente al Estado, fundada en la detención preventiva o en la pena; el sometimiento del interno a un régimen jurídico especial que implica controles disciplinarios y administrativos y la posibilidad de limitar o suspender el ejercicio de derechos -incluso fundamentales- en aras de la seguridad y la convivencia pacífica en el establecimiento. Lo que nos permite verificar la tesis fundamental de esta investigación, ya que queda demostrado que se puede imponer restricciones y limitaciones a los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, tratamiento –de segunda- que en muchas ocasiones es avalado por las Altas Cortes de nuestro país.

Ahora bien, La Corte ha insistido en *que el ejercicio de la potestad disciplinaria especial y la limitación de los derechos fundamentales deben estar autorizados por la Constitución y la ley* y deben tener como única finalidad *garantizar el cumplimiento de los derechos de los internos con medidas encaminadas a buscar la disciplina, la seguridad y la salubridad, y sobre todo para efectivizar el cometido principal de la pena, que es la resocialización.*

Es de cabal importancia resaltar en este apartado de observaciones finales algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, en los que se destacan *condiciones especiales* de los derechos de las personas privadas de la libertad, por el simple hecho de encontrarse en esta situación.

Entendiendo que el derecho a la vida en materia penitenciaria no se agota con la mera sobrevivencia ya que tiene una conexión directa con la salud y la integridad, la Corte Constitucional reconoció expresamente que la protección de este derecho, permite unas mejores condiciones para las personas no privadas de la libertad, justificando que el hecho de estar en reclusión, dificulta ostensiblemente la protección de este derecho. El Consejo de Estado utiliza un símil bastante particular para referirse al derecho a la vida de los privados de la libertad, al compararlos con mercancías que por obligación legal son depositadas en bodegas oficiales, esto para explicar que la obligación que tiene el Estado de proteger la vida de las personas en general, es una obligación de medios, mientras que la obligación respecto a los privados de la libertad, es una obligación de resultado.

Haciendo referencia al derecho a la igualdad, la Corte constitucional ha considerado ajustado a la Constitución el que el legislador establezca un trato penitenciario diferenciado en razón de la conducta punible realizada, así en los casos que de acuerdo con su gravedad o dañosidad social que han recibido por ello una pena más alta, a su vez no dan lugar a la aplicación de beneficios administrativos; consecuentemente, lo que sería una doble punición por la misma conducta ha sido considerado por el máximo Tribunal Constitucional Colombiano como mero

ejercicio de las competencias del legislador plenamente válido en consideración a razones de política criminal.

En cuanto a la libertad de pensamiento, conciencia, expresión y opinión la Corte Constitucional y el Consejo de Estado parten inicialmente de una posición garantista del derecho y posteriormente establecen que tendrán que prevalecer las razones de tratamiento penitenciario resocializador y de seguridad de los establecimientos, con lo que logran argumentar que estos derechos deben verse limitados.

El derecho a la salud de las personas privadas de la libertad ha sido objeto de una interpretación especial por parte de la Corte Constitucional ya que -salvo en un pronunciamiento- ha considerado que se trata directamente de un derecho fundamental, a diferencia de lo que ha sucedido con las personas no privados de la libertad donde el derecho ha sido objeto de diversas interpretaciones; no obstante, la protección del derecho a la salud como derecho fundamental, solo se ha garantizado -hasta el 2007- en conexidad con el derecho a la vida. Desde el año, se considera como un derecho fundamental y de aplicación inmediata, sin necesidad de estar en conexión con el derecho a la vida.

El Consejo de Estado se ha sumado a esa especial interpretación del derecho a la salud de los privados de la libertad, señalando que cualquier daño en la salud por acción u omisión diferente al deterioro normal se adecua al concepto genérico de falla de la administración y por consiguiente surge la obligación del Estado de indemnizar.

Derechos como el trabajo, la educación las artes y la cultura, también han sido objeto de una especial protección en el caso de las personas privadas de la libertad de acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional, ya que ellos tienen una relación directa con el derecho a la libertad en este caso concreto.

Es de suprema relevancia resaltar que el derecho directamente implicado cuando se usa la expresión “privación de la libertad”, en los casos de la detención preventiva o cumplimiento de la pena, de forma precisa se hace referencia a la pérdida de la “libertad de abandono”, sin embargo la Corte Constitucional siempre habla de la libertad de locomoción, lo que supone un desconocimiento del bien jurídico directamente involucrado en el secuestro institucional.

Cuando el Estado priva de la libertad no le impone al sujeto la imposibilidad de realizar locomoción o movimiento, lo que le impide es que abandone el lugar que para el cumplimiento de la medida de aseguramiento o pena le sea asignado por la autoridad competente, en otras palabras, el sujeto privado de la libertad no tiene prohibido realizar locomoción, lo que tiene prohibido es abandonar el pabellón o patio que le sea asignado.



La Corte Constitucional cuenta con una importante cantidad de pronunciamientos en materia de derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad a diferencia de lo que sucede con el Consejo de Estado, esto se debe -entre otras cosas- a que la Corte no sólo se pronuncia frente a la constitucionalidad de las normas sino que, también, es el máximo Tribunal de tutela, siendo necesario los constantes pronunciamientos, máxime, cuando las condiciones de garantía de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad en Colombia, son bastante precarias.

Aunque en la mayoría de sentencias el máximo Tribunal Constitucional Colombiano enfatiza en la plena vigencia de los derechos fundamentales que no se encuentran directamente suspendidos o limitados por la aplicación de la privación de la libertad, hay casos en los que su interpretación relativiza el derecho con respecto a los privados de la libertad. La jurisprudencia establece unos criterios de ponderación diferentes al referirse a los derechos de aquellas personas privadas de la libertad en comparación a los que no lo están.

Quizás la sentencia más importante en materia de derechos fundamentales en privación de la libertad es la sentencia T-153 de 1998, porque implicó un profundo estudio de la cuestión penitenciaria y carcelaria colombiana del momento, que, desafortunadamente mantiene vigencia en la mayoría de los temas doce años después. Esto se debe a que se llevó a cabo un amplio estudio sobre una importante cantidad de derechos de las personas privadas de la libertad y especialmente porque se reconoció el “estado de cosas inconstitucional” en los establecimientos de privación de la libertad.

La declaratoria de “estado de cosas inconstitucional” estableció un plazo de cuatro años para darle solución al problema con el concurso de las distintas entidades implicadas. Ahora, pasados ya casi doce años de tal pronunciamiento y ocho de haberse vencido el plazo otorgado por la Corte Constitucional para la adopción de medidas tendientes al cese de la violación de derechos fundamentales, la misma jurisprudencia evidencia que una buena cantidad de problemas de violación de derechos fundamentales a las personas privadas de la libertad que fueron expresamente señalados en aquella ocasión siguen siendo denunciados mediante mecanismos como la acción de tutela.

A partir de la declaración de “estado de cosas inconstitucional” en conjunto con otros importantes pronunciamientos de la Corte Constitucional, han significado acciones como la construcción de más establecimientos, o la adopción de un nuevo sistema de salud para los privados de la libertad, sin embargo al cuantificar el número de pronunciamientos constitucionales frente a los temas que dieron lugar a esta declaración fácilmente se verifica que se siguen denunciando violaciones a estos

derechos en cantidades similares a las que se presentaban antes de su expedición; la narración de los hechos pareciera escrita en años anteriores a dicha declaratoria, lo que evidencia que la situación no ha cambiado en tres de los temas más delicados y ampliamente denunciados ante los jueces constitucionales: hacinamiento, inasistencia médica y deplorables condiciones de la alimentación.

En términos generales puede afirmarse que son pocas las sentencias en las que la Corte Constitucional plantea argumentos novedosos o cambia su jurisprudencia en materia de derechos de las personas privadas de la libertad, ya que en la mayoría de los casos cita las sentencias emitidas por los magistrados que conformaron la primera Corte Constitucional.

### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BERNAL SARMIENTO, Camilo. (Marzo 31 a abril 15 de 2004). *¿Cárceles de verdad o cárceles del terror?* (380 ed.). Bogotá: Círculo de investigación “Castigo y sociedad”, Actualidad colombiana.
- CENTRO DE INVESTIGACIONES EN POLÍTICA CRIMINAL (2007). *Análisis de las políticas públicas en torno a la prisión*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- CESANO, José D. (2007). *El voto de los presos*. Buenos Aires: Ediar.
- MONTES GIRALDO, Mario. (2003). *La ejecución de la pena desde los derechos de los reclusos*. Bogotá: ediciones doctrina y ley.
- NACIONES UNIDAS (20 de enero de 2006). *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, documento E/CN.4/2006/9.
- OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (31 de octubre de 2001). *Centros de reclusión en Colombia: un estado de cosas inconstitucional y de flagrante violación de Derechos Humanos, Misión Internacional Derechos Humanos y situación carcelaria*. Bogotá: Autor.
- OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2004). *Protección de los Derechos Humanos de las personas privadas de la libertad*. Bogotá: Autor.
- PASTORAL SOCIAL, Arquidiócesis de Medellín (2005). *Situación de los Derechos Humanos en la cárceles del Área Metropolitana*. Medellín: Cáritas Arquidiocesanas.
- POSADA SEGURA, Juan D. (2009). *El sistema penitenciario. Estudio sobre la privación de la libertad y los derechos fundamentales relacionados*. Medellín: Comlibros.

- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN (2004). El Procurador General de la Nación alerta sobre el riesgo de violación los Derechos Humanos que se presenta en las áreas de aislamiento de las prisiones del país. Bogotá: Autor.
- REYES CUARTAS, José F. (1999). Jurisprudencia constitucional y derechos de las personas privadas de la libertad. *Nuevo Foro Penal*, 61, 179-220. Medellín.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki. (Coord.). (1992). *Cárcel y derechos humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*. Barcelona: J. M. Bosch editor.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki. (Coord.). (1997). *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos, La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*. Barcelona: J.M. Bosch editor.





Autora: Adriana Botero Martínez

Título: Sleepy John Estes

Técnica: Plancha de linóleo  
con intervención digital

Dimensión: 18 x 24

Año: 2002

## ***EL ARBITRAJE COMO MEDIO ALTERNO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA\****

---

\* Este trabajo constituye un producto del proyecto de investigación: Arbitraje en procedimientos administrativos especiales: medio alternativo de resolución de conflictos en la Administración Pública. Registrado por ante el Consejo de Desarrollo Científico, Humanístico y Tecnológico (CONDES) de la Universidad del Zulia (LUZ). Maracaibo, Venezuela.

Fecha de recepción: julio 30 de 2010

Fecha de aprobación: octubre 5 de 2010

## EL ARBITRAJE COMO MEDIO ALTERNO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

*Loiralith Margarita Chirinos Portillo\*\**

### RESUMEN

La investigación pretende analizar, conforme al ordenamiento jurídico venezolano, la aplicación del arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos en la Administración Pública. La justificación radica en la necesidad de precisar procedimientos administrativos, para verificar materias incluidas y materias excluidas, por razones de orden público e interés general, del ámbito de aplicación del arbitraje administrativo. La investigación reviste carácter descriptivo documental y se basa en el método analítico. Se recomienda a la Asamblea Nacional la posibilidad de regular en una ley especial el arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos en materia administrativa, lo cual fomenta la eficiencia, eficacia y efectividad de la Administración Pública y procura una solución pacífica en los conflictos de naturaleza administrativa.

**Palabras Clave:** arbitraje, medio alternativo de resolución de conflictos, Administración Pública, procedimientos administrativos.

### ARBITRATION LIKE ALTERNATING OF RESOLUTION OF CONFLICTS IN PUBLIC ADMINISTRATION

### ABSTRACT

The investigation tries to analyze, according to the Venezuelan legal ordering, the application of the average arbitration like alternating of resolution of conflicts in Public Administration. The justification is the need to clarify administrative procedures to verify materials included and excluded subjects, for reasons of public order and public interest, the scope of administrative arbitration. research is of descriptive nature documentary and is based on the analytical method. It is recommended that the National Assembly the possibility of a special law regulating arbitration as alternative means of dispute resolution in administrative matters, which promotes efficiency, effectiveness and efficiency of Public Administration and seeks a peaceful solution to conflicts in nature administrative.

**Key words:** arbitration, like alternating of resolution of conflicts, Public Administration, administrative procedures.

---

\*\* Abogada, Mención *Summa Cum Laude*. Magíster *Scientiarum* en Ciencia Política y Derecho Público, Mención Derecho Público. Investigadora y docente adscrita al Instituto de Estudios Políticos y Derecho Público "Dr. Humberto J. La Roche" (IEPDP) de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia (LUZ). Editora de la Revista Cuestiones Políticas del Instituto de Estudios Políticos y Derecho Público "Dr. Humberto J. La Roche" (IEPDP) de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia (LUZ). E-mail: loichirinos@hotmail.com.

# EL ARBITRAJE COMO MEDIO ALTERNO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

## 1. INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 se presentan innovaciones y cambios que afectan la estructura del sistema jurídico venezolano, debido al surgimiento de nuevas instituciones y la constitucionalización de otras existentes, tales como los medios alternativos de resolución de conflictos, los cuales se incorporan al sistema de justicia.

En efecto, el artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 incorpora, de forma expresa y por vez primera en el ámbito constitucional, mecanismos de resolución de conflictos (Fraga Pittaluga, 1998), medios alternativos de justicia (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999; TSJ/SPA<sup>1</sup>: 23-5-2002, en Pierre Tapia, 2002; Longo Paolo, 2004; TSJ/SPA: 5-2-2004, en Pierre Tapia, 2004), medios alternativos de resolución de conflictos (TSJ/SPA: 20-6-2001, en Pierre Tapia, 2001; TSJ/SPA: 10-6-2004, en Pierre Tapia, 2004; TSJ/SCC: 9-11-2004, en Pierre Tapia, 2004; TSJ/SC: 22-4-2005, en Pierre Tapia, 2005; Badell Madrid, 2006), medios alternativos de resolución de controversias (TSJ/SPA: 10-6-2004, en Pierre Tapia, 2004), medios alternativos para la solución de conflictos (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999; Zambrano Freddy, 2004), medios alternos de resolución de controversias (TSJ/SCC: 8-2-2002, en Pierre Tapia, 2002), medios de resolución de conflictos (TSJ/SPA: 3-3-2004, en Pierre Tapia, 2004) o métodos de solución de conflictos (Mogollón Rojas, 2004) como parte del sistema de justicia. Así, el referido sistema está constituido por:

“...el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley

---

1 Las siglas utilizadas en el trabajo son: SC: Sala Constitucional; SPA: Sala Políticoadministrativa; TSJ/SC: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional; TSJ/SCC: Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil; TSJ/SPA: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Políticoadministrativa.

y los abogados o abogadas autorizadas para el ejercicio” (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999: artículo 253).

El Poder Legislativo Nacional, por órgano de la Asamblea Nacional regula, previo y posterior a la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, ciertos medios alternativos de resolución de conflictos, mediante actos jurídicos normativos con fuerza de ley, tales como: el arbitraje en el Código de Procedimiento Civil de 1990<sup>2</sup>, la conciliación en la Ley Orgánica de Justicia de Paz de 1994<sup>3</sup>, la conciliación y el arbitraje en la Ley Orgánica del Trabajo de 1997<sup>4</sup>, el arbitraje en la Ley de Arbitraje Comercial de 1998<sup>5</sup>, el arbitraje en el Código Orgánico Tributario de 2001<sup>6</sup>, la conciliación en la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2010<sup>7</sup>, la conciliación en la Ley Orgánica de Protección de Niños; Niñas y Adolescentes de 2007<sup>8</sup>.

Así, los medios alternativos de resolución de controversias configuran mecanismos cuyo objetivo es sustituir la decisión de un órgano administrativo o judicial por una solución consensuada entre las partes, la cual se alcanza mediante la aplicación de procesos, tales como: la conciliación, la mediación y el arbitraje. Los citados procesos o mecanismos se proponen: evitar conflictos en sede administrativa o en sede judicial y/o poner fin a procedimientos o procesos en curso (Badell Madrid, 2006). En este sentido, el artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 establece: “La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”.

El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Políticoadministrativa (20-6-2001, en Pierre Tapia, 2001; 1-2-06, en Pierre Tapia; 2006b; 28-11-2006, en Pierre Tapia, 2006; 12-12-06, en Pierre Tapia, 2006) plantea que la mencionada promoción de medios alternativos de resolución de conflictos regulados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, “...no se agota o tiene como único destinatario al legislador, esto es, ...Asamblea Nacional...” (20-6-2001, en Pierre Tapia, 2001: 374), sino también al propio operador judicial o administrativo, es decir, al juez o funcionario público, quien deberá en la medida de lo posible incitar a

---

2 Artículos 608 al 629, ambos inclusive.

3 Artículos 36 al 40, ambos inclusive

4 Artículos 478 al 493, ambos inclusive.

5 Todo su articulado.

6 Artículos 312 al 326, ambos inclusive.

7 Artículos 114 y 122.

8 Artículos 308 al 317, ambos inclusive.



las partes en controversia al uso de los medios alternos de resolución de conflictos: la conciliación, la mediación y el arbitraje.

La conciliación constituye un medio alternativo de resolución de conflictos, aplicado a un procedimiento o proceso con el objeto de dar solución, mediante el cual las partes por sí mismas llegan a un acuerdo con la intervención de un tercero, denominado conciliador, quien puede proponer una justa solución para la controversia; la mediación constituye un medio alternativo de resolución de conflictos, asistida por un tercero imparcial y neutral, denominado mediador, quien actúa como conductor de la comunicación, colaborando con las partes a resolver por sí mismas el conflicto (Badell Madrid, 2006); y, el arbitraje configura un medio alternativo de resolución de conflictos cuyo origen se encuentra en un "...acuerdo de voluntades de las partes involucradas mediante el cual convienen en someter al conocimiento de terceras personas, denominadas árbitros, la resolución de los conflictos que hayan surgido o puedan surgir entre ellas" (Badell Madrid, 2006: 131), la decisión tomada por el árbitro resulta ser vinculante para las partes.

Con fundamento en lo expuesto, el presente trabajo se limita a analizar, conforme al ordenamiento jurídico venezolano, la aplicación del arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos en la Administración Pública.

## 2. EL ARBITRAJE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO

El arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos no constituye una institución novedosa en el ordenamiento jurídico venezolano, puesto que la misma está prevista en el marco legal anterior a la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, sin embargo, en la actualidad los artículos 253 y 258, *ejusdem*, le han otorgado reconocimiento constitucional (TSJ/SPA: 20-6-2001, en Pierre Tapia, 2001; TSJ/SPA: 3-3-2004, en Pierre Tapia, 2004; TSJ/SPA: 1-2-2006, en Pierre Tapia, 2006b; TSJ/SPA: 7-3-2006, en Pierre Tapia, 2006) "...como una alternativa ante las típicas disputas o querellas en sede judicial..." (TSJ/SPA: 20-6-2001, en Pierre Tapia, 2001: 373) o en sede administrativa.

La aplicación del arbitraje se justifica por su vinculación a la satisfacción del interés público verificado en la consecución de una administración de justicia rápida, eficaz e idónea (Badell Madrid, 2006), en virtud del artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 (TSJ/SC: 22-4-2005, en Pierre Tapia, 2005; TSJ/SPA: 1-2-2006, en Pierre Tapia, 2006a; TSJ/SPA: 1-2-2006, en Pierre Tapia, 2006b; TSJ/

SPA: 10-8-2006, en Pierre Tapia, 2006; TSJ/SPA: 28-11-2006, en Pierre Tapia, 2006; TSJ/SPA: 12-12-2006, en Pierre Tapia, 2006; TSJ/SPA: 30-5-2007, en Pierre Tapia, 2007; TSJ/SC: 20-6-2007, en Pierre Tapia, 2007) el cual preceptúa:

“Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos y difusos; a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.”

El Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Civil (8-2-2002, en Pierre Tapia, 2002: 247) estima que el reconocimiento constitucional del arbitraje como medio alterno de resolución de conflictos surge debido a:

“La excesiva litigiosidad, la ritualidad de los procesos, la multiplicidad de competencias de los tribunales...el reducido número de juzgados en relación con las causas sometidas a su consideración...han producido retardos considerables en la administración de justicia por parte del Estado, lo que en definitiva ha causado la pasividad de los particulares respecto de las arbitrariedades e ilegalidades cometidas y ha originado desinterés en poner en marcha la actividad jurisdiccional para obtener el restablecimiento del orden jurídico infringido.”

Por estas razones se acude al arbitraje, pues su aplicación permite la resolución de diferencias mediante un procedimiento más expedito y sencillo, con la intervención de terceros ajenos e imparciales, a los que el Estado les atribuye la facultad de impartir justicia, a fin de evitar mayor congestión de las instancias formales o institucionales de justicia (TSJ/SCC: 8-2-2002, en Pierre Tapia, 2002). Al respecto, Badell Madrid (2006: 109) considera que “...la celeridad para obtener una decisión,...la menor formalidad en los procedimientos, la confiabilidad, la confidencialidad y el descongestionamiento del Poder Judicial...” representan algunas de las ventajas de aplicación del arbitraje, lo cual posibilita “...un justo equilibrio entre los intereses que se debaten en un caso, siempre que no se afecte el orden público” (TSJ/SPA: 16-6-2000, en Pierre Tapia, 2006: 29-30).

Se destaca, que la institución del arbitraje forma parte del sistema de justicia de conformidad con el artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, sin embargo dicha institución no forma parte del Poder Judicial (TSJ/SPA: 3-3-2004, en Pierre Tapia, 2004; TSJ/SPA: 5-4-2006, en Pierre Tapia, 2006; TSJ/SC: 20-6-2007, en Pierre Tapia, 2007), por consiguiente, “...no está sometida a su estructura u organización, ni al régimen de disciplina y responsabilidad

a la que están sometidos los jueces, expresamente, por mandato constitucional” (TSJ/SPA: 5-4-2006, en Pierre Tapia, 2006: 178).

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 permite verificar el arbitraje como parte de la actividad jurisdiccional (TSJ/SC: 23-5-2001, en Pierre Tapia, 2001; TSJ/SC: 22-4-2005, en Pierre Tapia, 2005; TSJ/SC: 14-2-2006, en Pierre Tapia, 2006), pues se trata de un proceso adversarial o contradictorio que es conocido y resuelto, aplicando la equidad o el derecho, por un tercero imparcial, autónomo e independiente, con las limitaciones establecidas en el ordenamiento jurídico, así, “...la función pública jurisdiccional que corresponde en esencia al Estado, se delega en los particulares, sólo en cuanto la resolución de la controversia mediante decisión” (TSJ/SPA: 5-4-2006, en Pierre Tapia, 2006: 178). Por ello, el Tribunal Supremo de Justicia expresa:

“...que el arbitraje, aunque constituye una actividad jurisdiccional, no pertenece al poder judicial, que representa otra cara de la jurisdicción, la cual atiende a una organización piramidal en cuya cúspide se encuentra el Tribunal Supremo de Justicia, y donde impera un régimen disciplinario y organizativo del cual carece, por ahora, la justicia alternativa” (SC: 22-4-2005, en Pierre Tapia, 2005: 236; SC: 14-2-2006, en Pierre Tapia, 2006: 384-385; SPA: 5-4-2006, en Pierre Tapia, 2006: 178-179).

El arbitraje como actividad jurisdiccional “...no arroga una solución inmediata o *ab initio*...” (TSJ/SPA: 20-6-2001, en Pierre Tapia, 2001: 374) pero, una vez pronunciada la solución, la misma tiene carácter vinculante, puesto que cuando las partes acuden a este medio extraordinario de resolución de conflictos se presume que su voluntad implica la aceptación y cumplimiento, sin coacción alguna, de la decisión emanada, la cual “...goza de plena eficacia y puede incluso revestirse con la fuerza de cosa juzgada” (TSJ/SC: 22-4-2005, en Pierre Tapia, 2005: 236).

Con basamento en las anteriores aseveraciones, es posible deducir que el arbitraje no usurpa los límites de la jurisdicción ordinaria, puesto que ambos se compenetran, equilibran y colaboran al ejercer cada uno su rol, con el objeto de amparar y tutelar los derechos de los ciudadanos frente al surgimiento de conflictos entre ellos, garantizando, al mismo tiempo, la paz social y la seguridad jurídica (Caridad de Navarro, 2001).

El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Políticoadministrativa (20-6-2001, en Pierre Tapia, 2001: 375) plantea que el arbitraje representa “...una excepción y eclipse de la competencia constitucional que tienen los tribunales ordinarios del país de resolver por imperio de la ley, todas las querellas que le sean sometidas por los ciudadanos a su conocimiento”.

El arbitraje como excepción se reconoce en virtud del "...ejercicio del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela...", y su verificación "...debe procurar la salvaguarda de la seguridad jurídica y la erradicación..." (TSJ/SPA: 7-3-2006, en Pierre Tapia, 2006: 214) del uso erróneo que de él se pretenda. Así, Longo (2004: 33) aprecia al arbitraje como "...un derecho de todo ciudadano; como expresión de una garantía que el mismo estado de derecho ofrece y respalda...", el cual constituye una alteración a "...la jurisdicción que tienen los tribunales de la República para resolver por imperio de la ley, todos los litigios que sean sometidos a su conocimiento..." (TSJ/SPA: 1-2-2006, en Pierre Tapia, 2006b: 374).

Tal como se mencionó, el arbitraje tiene carácter adversarial, puesto que las partes someten, de mutuo acuerdo, la contraposición de intereses a la decisión de un tercero imparcial y neutral ajeno a los jueces estatales, cuyo resultado se materializa en un laudo. A tal efecto, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Políticoadministrativa (1-2-2006, en Pierre Tapia; 2006b: 374; 12-12-2006, en Pierre Tapia, 2006: 254), configura al arbitraje como:

"...un medio de heterocomposición procesal entre las partes, las cuales mediante una voluntad expresa..." e inequívoca "...convienen en forma anticipada sustraer del conocimiento del poder judicial ordinario todas las diferencias, controversias o desavenencias que por la ejecución, desarrollo, interpretación o terminación de un negocio jurídico, puedan sobrevenir."

Esa voluntad expresa, inequívoca y anticipada de las partes suscrita en un acuerdo, para sustraer de la competencia de los órganos jurisdiccionales o administrativos el conocimiento de conflictos que puedan surgir entre ellas, evidencia el carácter privado del arbitraje (TSJ/SPA: 10-8-2006, en Pierre Tapia, 2006), por lo que constituye una excepción, que adquiere mayor énfasis cuando un órgano o ente de la Administración Pública, asume una institución privada como es el arbitraje, el cual no puede implementarse en asuntos relacionados con políticas de Estado ni en asuntos en los cuales no pueda celebrarse transacción (TSJ/SPA: 24-1-2007, en Pierre Tapia, 2007), en consecuencia:

"...la asunción del arbitraje en materia administrativa en general, se enfrenta con paradigmas difíciles de cambiar. Y la razón de ser de esta resistencia no es caprichosa pues el arbitraje tiene como presupuesto fundamental...la disponibilidad sobre el objeto litigioso, disponibilidad que no existe en aquellas materias que suponen el ejercicio de sus potestades administrativas vinculada al cuidado del orden público" (Fraga Pittaluga, 1998:175).

### 3. EL ARBITRAJE EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos (TSJ/SCC: 8-2-2002, en Pierre Tapia, 2002; TSJ/SCC: 9-11-2004, en Pierre Tapia, 2004) se aplica en materia civil, mercantil y laboral, sin embargo, en materia administrativa su campo de aplicación ha sido reducido, pues en ella está presente la noción de interés público, base de actuación de la Administración Pública, el cual prevalece sobre los intereses individuales de los administrados. En este sentido, Fraga Pittaluga (1998: 177) estima que el arbitraje ha quedado recluido, en relación a la acción de la Administración Pública, "...a los ámbitos de la actividad privada de la Administración, de la contratación administrativa y, tal vez, de la materia tributaria...".

Sin embargo, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 se refiere a los medios alternativos de solución de conflictos, entre ellos al arbitraje, como integrantes del sistema de justicia, y por lo tanto empleados en cualquier rama del Derecho (TSJ/SPA: 10-8-2006, en Pierre Tapia, 2006), mediante los cuales se administra justicia aplicando el derecho o la equidad a un caso concreto con carácter definitivo, por lo que pertenecen al orden jurisdiccional (TSJ/SC: 23-5-2001, en Pierre Tapia, 2001; TSJ/SPA: 3-3-2004, en Pierre Tapia, 2004; TSJ/SC: 22-4-2005, en Pierre Tapia, 2005).

En el Derecho Administrativo la aplicación del arbitraje como medio o mecanismo de resolución de controversias resulta restringido, puesto que la actuación de la Administración Pública se corresponde con: el principio de legalidad, previsto en el artículo 137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999; y, la satisfacción del interés público, lo que limita la posibilidad de disposición de la Administración Pública, pues gran parte de la actividad administrativa se realiza en ejercicio de potestades regladas, en las cuales el ordenamiento jurídico determina todas y cada una de las acciones que debe cumplir el órgano o ente administrativo para la correcta ejecución de la misma.

Se estima prudente señalar, que el vocablo Administración Pública postula un carácter anfibológico (Soto Hernández y Tavares Duarte, 2001; Peña Solís, 2004), puesto que el mismo debe ser abordado en dos sentidos, a saber: un sentido orgánico o subjetivo, el cual está representado por los órganos y entes que forman parte integrante del Poder Ejecutivo Nacional, Estatal y Municipal; y, un sentido material u objetivo, el cual está representado por el conjunto de actividades, tareas o funciones desplegadas por todos los órganos y entes del Poder Público en aras de tutelar el interés público.

Así, con la finalidad de lograr la concreción de esa tutela, el ordenamiento jurídico venezolano atribuye a la Administración Pública en sentido subjetivo un conjunto de potestades que pueden ser: potestades discrecionales, en las cuales la norma

jurídica le concede a los órganos y entes de la Administración Pública la libertad de elegir entre varias alternativas, atendiendo a la proporcionalidad y adecuación con supuesto de hecho y con los fines de la norma; y, potestades regladas, en las cuales la norma jurídica determina, de manera precisa y expresa, las actuaciones que deben cumplir los órganos y entes de la Administración Pública.

El procedimiento administrativo formalizado u ordinario configura una de esas potestades regladas al estar regulado expresamente en la norma jurídica<sup>9</sup>, y se constituye en el mecanismo ordinario o común mediante el cual se encausa o sigue la actividad administrativa en sus diversas formas de exteriorización. Al respecto, Fraga Pittaluga (1998: 145) considera que este procedimiento administrativo formalizado:

“...ofrece, en principio, la garantía de la certeza y de la seguridad jurídica, en tanto, al menos teóricamente, los administrados pueden conocer los pasos que debe respetar la Administración para actuar y los que ellos deben seguir para resguardar sus derechos e intereses legítimos.”

En este orden de ideas, el carácter irrenunciable del ejercicio de las potestades administrativas (Badell Madrid, 2006), ha sido también considerado como una limitación para la aplicación de medios alternos de resolución de conflictos, verbigracia el arbitraje, en el ámbito de la Administración Pública, pues dichas potestades no pueden ser relajadas por aquélla al celebrar acuerdos que pongan fin a controversias administrativas. No obstante, la mencionada celebración representa el ejercicio de una potestad que el ordenamiento jurídico otorga previamente a la Administración Pública para que acuda a una vía alterna, distinta a los procedimientos formales ordinariamente regulados en la norma. Al respecto, Badell Madrid (2006: 113-114) plantea:

“...si la propia Ley considera que determinados ámbitos del actuar administrativo pueden ser resueltos por medios alternativos concertados, que sustituyan la voluntad unilateral de la Administración, no podrá invocarse el principio general de la existencia del interés público para negar tal posibilidad, desde que en este caso se entiende que el legislador ha estimado que estos medios de solución de controversias no sólo no afectan el interés público que fundamenta la competencia, sino que constituyen un instrumento idóneo para la satisfacción del interés público que exige la solución justa y oportuna de los posibles conflictos que se relacionen con su ejercicio.”

---

9 Verbigracia la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1981.

De tal manera, en el Derecho Privado el arbitraje ha tenido una importante evolución, pero en el ámbito del Derecho Público, concretamente en el Derecho Administrativo, su implementación presenta obstáculos, pues, según Fraga Pittaluga (1998: 173):

“La idea de una incompatibilidad sistemática entre el arbitraje y la acción administrativa ha sido desarrollada sobre todo en razón de imperativos de protección al interés público, pero además, la razón de ser de esta resistencia encuentra su fundamento en que el arbitraje presupone como requisito esencial el que la materia sujeta a la decisión de los árbitros sea susceptible de transacción, es decir, pueda ser disponible por las partes.”

#### 4. LIMITACIONES DEL ARBITRAJE EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Se han planteado limitaciones o restricciones a la implementación del arbitraje en el ámbito de los procedimientos que se verifican dentro de la Administración Pública, así, una de esas limitaciones es el interés público garantizado y protegido por aquella, el cual se manifiesta cuando convergen en una colectividad los intereses privados o particulares de un grupo de individuos en la identificación de un bien valioso que desean tener y conservar, dando origen a la expresión volitiva de obtener un provecho común. Por ello, el carácter privado del arbitraje (Fraga Pittaluga, 1998) se contrapone al carácter público de la Administración Pública, lo que dificulta la sustitución de la decisión unilateral y autoritaria de la Administración Pública, por decisiones bilaterales, producto de la concertación entre Administración Pública y administrado, o entre administrados. A este respecto, Badell Madrid (2006: 114) plantea que el arbitraje no afecta el interés público, por el contrario, estima que el arbitraje:

“...constituye un instrumento idóneo para la satisfacción del interés público que exige la solución justa y oportuna de los posibles conflictos que se relacionen con su ejercicio...el interés público no constituye un argumento concluyente para excluir la posibilidad de que la Administración acuda a medios alternativos para solucionar una controversia o ponerle fin a un proceso, ya que corresponde al legislador permitir esa aplicación en casos concretos en los cuales así lo considere conveniente.”

Como se mencionó *supra*, el carácter irrenunciable del ejercicio de las potestades administrativas se ha considerado también como limitación al arbitraje en el ámbito de la Administración Pública, esto debido a la imposibilidad de convenimiento o relajación de las referidas potestades, ya que las mismas por definición, son indisponibles. Sin embargo, ante esta posición Fraga Pittaluga (1998: 168) estima:

“...es el ejercicio de un apoderamiento que da la ley a la Administración para que haga uso de fórmulas negociales que sustituyan, total o parcialmente, o que preparen o apuntalen la decisión administrativa en aquellos casos en que la necesidad de satisfacer el interés público aconseja sustituir el acto unilateral por el acuerdo de voluntades.”

Igualmente, la reserva de control de los actos administrativos al Poder Judicial ha sido estimada como límite del arbitraje en la Administración Pública, en efecto el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 establece:

“La jurisdicción contenciosoadministrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.”

Se atribuye a los tribunales de la jurisdicción contenciosoadministrativa la competencia para conocer del control de los actos dictados por la Administración Pública, por lo que el uso del arbitraje en los procedimientos administrativos no supone una exclusión del control judicial, y así lo reconoce el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Politicoadministrativa (5-4-2006, en Pierre Tapia, 2006: 179):

“...el Poder Judicial...controla la institución del arbitraje en toda su actividad; y controla, además los excesos que pudieran suscitarse en el arbitraje, a través de las acciones correspondientes; y es tal Poder quien puede ejecutar forzosamente las declaraciones que, de un arbitraje válido y conforme a la Constitución y la Ley, se deriven para las partes.”

Aunado a lo anterior, es la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 el instrumento jurídico que reconoce en el artículo 258, la promoción y uso del arbitraje en todo proceso judicial o procedimiento administrativo, y en este último caso, se culmina en un acto controlable judicialmente cuando el mismo infrinja normas de orden público.

El arbitraje aplicado en los procedimientos administrativos permite la consecución del artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, el cual preceptúa, entre los principios en los cuales se fundamenta la actuación de la Administración Pública, la celeridad, la eficacia y la eficiencia “...con sometimiento pleno a la ley y al derecho”, ante la necesidad del “...ineficiente



aparato burocrático que...se encuentra inerte, inmóvil, incapaz de adaptarse a los cambios tecnológicos, a las nuevas necesidades sociales ...y la imprescindible colaboración entre el Poder Público y el ciudadano, piedra angular del bienestar común” (Fraga Pittaluga, 1998: 137).

Se deduce que la Administración Pública para implementar el arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos suscitados en sede administrativa, requiere la existencia de “...una habilitación de rango legal, que le atribuya la competencia...” (Araujo Juárez, 2007: 347). En opinión de Fraga Pittaluga (1998: 176) para que proceda la referida implementación es indispensable una norma legal que identifique las materias, el procedimiento, y los posibles efectos del arbitraje administrativo, en otros términos:

“...es necesaria una habilitación legal expresa para que el arbitraje sirva como mecanismo alternativo de resolución de disputas...en aquellos casos... susceptibles de negociación, que aún cuando forman parte de la actividad administrativa regida por normas de derecho público admiten que la resolución unilateral sea sustituida, preparada o influenciada por fórmulas consensuales”.

Es prudente ratificar, que las materias susceptibles de disposición por parte de la Administración Pública, son las únicas que pueden ser sometidas a arbitraje cuando una norma jurídica expresa así lo permita, es decir, se refiere a materias que no afecten el orden público, el cual supone:

“...una noción que cristaliza todas aquellas normas de interés público que exigen observancia incondicional, y que no son derogables por disposición privada... A estos propósitos es imprescindible tener en cuenta que si el concepto de orden público tiende hacer triunfar el interés general de la sociedad y del Estado frente al particular del individuo, para asegurar la vigencia y finalidad de determinadas instituciones de rango eminente, nada que pueda hacer o dejar de hacer un particular y aun una autoridad, puede tener la virtud de subsanar o de convalidar la contravención que menoscabe aquel interés, lo que equivaldría a dejar en manos de los particulares o autoridades, la ejecución de voluntades de Ley que demandan perentorio acatamiento” (TSJ/ SCC: 25-9-2006, en Pierre Tapia, 2006: 381-382).

## 5. ARBITRAJE ADMINISTRATIVO

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 reconoce, de manera tácita, la posibilidad de que la Administración Pública implemente el arbitraje, actuando como parte o árbitro a fin de dirimir conflictos relacionados con su actividad, al establecer la promoción del arbitraje, el cual forma parte integrante

del sistema de justicia según lo dispuesto en el artículo 253, *ejusdem*, y complemento de los órganos ordinarios de administración de justicia, permitiendo a los ciudadanos un expedito acceso a la misma mediante una mayor celeridad en las decisiones que se producen en la Administración Pública.

En este orden de ideas, se define al arbitraje administrativo como el medio alternativo de resolución de conflictos con presencia de una Administración Pública, bien como parte o como árbitro, en el cual se acuerda someter, previa habilitación legal, las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir en materia de su libre disposición, a uno o varios árbitros. El referido arbitraje administrativo, puede revestir la forma de arbitraje de derecho o arbitraje de equidad, según se fundamente en normas jurídicas o según se proceda con entera libertad, atendiendo a los intereses de las partes, puesto que la actividad de la Administración Pública se encuentra estrictamente sometida al principio de legalidad, pero dentro del mismo se reconoce el principio de discrecionalidad.

Así, el arbitraje administrativo detenta ciertas características, a saber: presencia de una Administración Pública, como parte o como árbitro, que persigue la satisfacción del interés público; disponibilidad sobre el objeto del litigio el cual debe ser establecido por el ordenamiento jurídico de manera expresa; aplicación de un arbitraje de derecho o un arbitraje de equidad, conforme a los artículos 137 y 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, y, el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1981, respectivamente; y, existencia de una norma jurídica de rango legal que establezca los requisitos formales para la procedencia del arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos en el ámbito administrativo.

El ordenamiento jurídico venezolano carece de una norma especial que regule el arbitraje como medio de resolución de conflictos dentro del campo de la Administración Pública, puesto que ni la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1981 ni el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública de 2008, hacen referencia a este medio alterno. No obstante, se encuentran leyes en materia administrativa en las cuales se establece la procedencia del arbitraje, dentro del ámbito de su aplicación, para la resolución de controversias, tales como: concesiones, telecomunicaciones, seguros y materia tributaria (Badell Madrid, 2006).

De lo anterior se desprende que, en el ámbito administrativo se presentan dos tipos de arbitraje, el primero denominado arbitraje administrativo propiamente dicho, configurado como un mecanismo a través del cual la Administración Pública, previa habilitación legal y sin menoscabo del interés público, fin último de su actuación, somete como parte junto con un administrado, la controversia de naturaleza pública

o privada objeto de su disposición derivada de una relación jurídica lineal, ante un tercero imparcial llamado árbitro quien decide conforme a derecho mediante laudo arbitral, el cual persigue excluir el trámite del asunto del conocimiento de la jurisdicción contenciosoadministrativa. En este supuesto, la Administración Pública es parte del conflicto, con presencia de un tercero imparcial llamado árbitro, quien decide conforme a derecho la controversia suscitadas entre aquélla y el administrado. La manifestación de voluntad de las partes se encuentra limitada a la previa habilitación legal, que otorga potestad a la Administración Pública de someterse al arbitraje dado el carácter público de la misma.

Esta tipología de arbitraje se evidencia, a título ejemplificativo, en el Código Orgánico Tributario de 2001, comprendido entre los artículos 312 y 326, ambos inclusive, y denominado arbitraje tributario, en el cual se verifican controversias suscitadas entre la Administración Pública, en ejercicio de la potestad tributaria, y los contribuyentes o responsables, sobre una materia susceptible de transacción, deciden de común acuerdo, previa autorización legal, someter dicha controversia a un tribunal arbitral para que emane un laudo arbitral y resuelva la misma.

El segundo tipo de arbitraje administrativo, denominado procedimiento administrativo arbitral, acontece en el marco de un procedimiento administrativo que comprende "...el cauce formal, jurídico y necesario para la actividad de la Administración Pública en la producción de actos jurídicos..." (Araujo Juárez, 1995: 40) cuyo propósito es garantizar: el interés público ajustándose al margen de la legalidad y los derechos e intereses de los administrados. Este arbitraje surge en las llamadas relaciones jurídicas triangulares o procedimientos triangulares (Badell Madrid, 2006) cuando la Administración Pública actúa como "...tercero imparcial en un conflicto entre particulares..." (Leal Wilhelm, 2004: 55) quienes acuden ante la misma para resolver desavenencias surgidas entre ellos dentro de los límites previstos en la ley y con el acuerdo voluntario de ambas partes. En consecuencia, el procedimiento administrativo arbitral es un mecanismo por medio del cual la Administración Pública, previa habilitación legal, asume el carácter de árbitro, para dirimir conflictos entre administrados sobre materias de su libre disposición, mediante la emisión de un acto administrativo que pone fin a la vía administrativa.

Esta tipología de arbitraje se evidencia en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de 2000, la cual en su artículo 37 reconoce como competencia de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), actuar como árbitro en la solución de conflictos, sobre materias que no sean consideradas de orden público, que se susciten entre los operadores de servicios, cuando ello sea solicitado por las partes involucradas o ello se derive de la aplicación de la ley. La Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) constituye una persona jurídica pública descen-

tralizada funcionalmente de la Administración Pública Central, específicamente reviste el carácter de Instituto Autónomo, el cual actúa como árbitro imparcial.

## 6. CONCLUSIONES

El artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 contempla por vez primera en el ámbito constitucional el arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos, cuya finalidad es evitar conflictos en sede administrativa o en sede judicial, y/o concluir con procedimientos o procesos que se encuentren en curso. Se establece la promoción de este medio alternativo en el artículo 258, *ejusdem*, el cual constituye el deber del juez o funcionario público de incitar a las partes, cuando sea procedente, para su aplicación y así dar solución a controversias suscitadas entre ellas.

Se considera al arbitraje como una excepción a la competencia que la Constitución República Bolivariana de Venezuela de 1999 le atribuye a los tribunales ordinarios del país de resolver, por autoridad de la ley, toda controversia que sea sometida por los ciudadanos a su conocimiento. Dicha consideración se hace extensiva para su implementación por parte de los entes u órganos de la Administración Pública. Sin embargo, este carácter excepcional no reduce el ejercicio del arbitraje como garantía del derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos prevista en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, por lo que se debe evitar el indebido uso del mismo.

Se plantean limitaciones para la aplicación del arbitraje en el ámbito de la Administración Pública, pues, el interés público o el carácter público de ésta, dificulta el uso de una institución de naturaleza eminentemente privada como es el arbitraje, el cual implica además, la voluntad expresa, inequívoca y anticipada de las partes, para sustraer de referida competencia de los órganos jurisdiccionales o administrativos el conocimiento de la controversia existente o que pueda surgir entre ellas, para que sea resuelta por árbitros que se encuentra fuera de la esfera judicial mediante la emisión de un laudo arbitral.

Ese interés público, fin último de actuación de la Administración Pública, no es obstáculo para evidenciar la aplicación del arbitraje en el campo administrativo, porque este medio alternativo conlleva también a la búsqueda de soluciones acertadas y oportunas, y es el propio legislador quien promueve su utilización, involucrando la colaboración de los ciudadanos para evitar el cúmulo de situaciones presentadas ante los órganos o entes administrativos en espera de una posible solución. Cuando la norma jurídica prevé su uso, ello no deslinda el apego a la legalidad que la

actuación de la Administración Pública ha de mantener en el cumplimiento de sus funciones, ya que se trata del ejercicio de una potestad que le ha sido otorgada por el ordenamiento jurídico, descartándose así, otra de las limitaciones propugnadas al arbitraje en el ámbito administrativo, como es la supuesta renuncia de potestades. Igualmente, la decisión emanada por el uso de este mecanismo alternativo es un acto controlable ante los órganos del Poder Judicial, en caso de incumplimiento de las condiciones que han sido establecidas para su validez.

La inclusión del arbitraje administrativo como medio alternativo de resolución de conflictos en sede administrativa, requiere de una norma legal expresa que contenga los procedimientos que deben llevarse a cabo para su concreción y señale las materias sobre las cuales es procedente. No obstante, el ordenamiento jurídico venezolano carece de una norma jurídica especial que regule al arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos de naturaleza administrativa, sólo existen leyes aisladas para materias específicas, por lo que su utilización no se ha unificado en una norma jurídica única.

El arbitraje aplicado a la Administración Pública requiere, entonces, previa habilitación legal que indique las materias objeto de disposición. El referido arbitraje administrativo se verifica: cuando la Administración Pública, junto al administrado someten sus diferencias ante un árbitro ajeno a la esfera administrativa, es el denominado arbitraje administrativo propiamente dicho; o, cuando la Administración Pública asume la posición de árbitro imparcial para resolver conflictos entre particulares, es el denominado procedimiento administrativo arbitral.

El arbitraje propiamente dicho tiene su origen en las relaciones jurídicas lineales de la Administración Pública, procede sobre cuestiones que la ley estime como sometidas a transacción, el funcionario público debe encontrarse facultado y junto al administrado, como titular de derechos y obligaciones, excluir del conocimiento de la controversia a los órganos jurisdiccionales, y someterla ante un tercero imparcial llamado árbitro, quien decide mediante un laudo arbitral conforme a Derecho y de carácter vinculante, ya que el principio de legalidad y el carácter público sumado al interés general que persigue de la Administración Pública impiden que sea juzgada conforme a la equidad, en este caso.

Por su parte, en el procedimiento administrativo arbitral la Administración Pública no es parte del conflicto, pues este procedimiento se desarrolla en los procedimientos triangulares, en los cuales la Administración Pública actúa, previa habilitación legal, como árbitro imparcial para dirimir controversia entre administrados, la decisión final que se dicta no es un laudo arbitral sino un acto administrativo, cuyo objetivo es poner fin a la controversia y agotar la vía administrativa, por lo que es revisable por ante la jurisdicción contenciosoadministrativa.

Actualmente, existe tendencia hacia la aceptación del arbitraje administrativo en el ordenamiento jurídico venezolano, debilitando los prejuicios en relación a la implementación de este medio alterno en el ámbito administrativo y así evitar el congestionamiento administrativo, los retrasos y las incertidumbres que producen muchas veces la ineficacia del aparato administrativo, por lo que, el uso del arbitraje dentro de la Administración Pública representa un fortalecimiento, pues permite el cumplimiento de los principios de eficacia, eficiencia y efectividad.

Se sugiere, pues, a la Asamblea Nacional en el ejercicio de sus funciones legislativas, en base a la consagración constitucional del arbitraje como medio alterno de resolución de conflictos y parte del sistema de justicia sumado a la promoción de su utilización, aprobar una ley especial que acuerde el uso del arbitraje como medio alterno de resolución de conflictos en materia administrativa.

## 7. ÍNDICE DE REFERENCIA

- ARAÚJO JUÁREZ, José. 1995. Principios Generales del Derecho Procesal Administrativo. Caracas, Venezuela: Vadell Hermanos Editores.
- ARAÚJO JUÁREZ, José. 2007. Derecho Administrativo. Parte General. Caracas, Venezuela: Ediciones Paredes.
- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. 1999. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas, Venezuela. Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 36.860 Ordinario. 30 de diciembre de 1999. Reimpresa por error material del ente emisor. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 5.453 Extraordinario. 24 de marzo de 2000. Enmienda No. 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 5.908 Extraordinario. 19 de febrero de 2009.
- ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. 2001. Código Orgánico Tributario. Caracas, Venezuela. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 37305 Ordinario. 17 de octubre de 2001.
- ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. 2007. Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Caracas, Venezuela. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 5859 Extraordinario. 10 de diciembre de 2007.
- ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. 2010. Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios. Caracas, Venezuela. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 39358 Ordinario. 1º de febrero de 2010.

- BADELL MADRID, Rafael. Medios alternativos de solución de conflictos en el Derecho Administrativo Venezolano. Especial referencia al arbitraje en los contratos administrativos. Compilado por: Rafael Badell Madrid. En: Congreso Internacional de Derecho Administrativo. Homenaje al Profesor Luis H. Farías Mata. Tomo II. Caracas, Venezuela: Universidad Católica Andrés Bello. Universidad de Margarita. Universidad Da Caruña, 2006. Pp. 103-186.
- CARIDAD DE NAVARRO, Marielis. La justicia arbitral en el ordenamiento jurídico venezolano. En: Frónesis. Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política. Maracaibo, Venezuela. Vol. 8, No 1. 2001. Pp. 67-81.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. 1981. Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Caracas, Venezuela. Gaceta Oficial No. 2818 Extraordinario. 1º de julio de 1981.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. 1990. Código de Procedimiento Civil. Caracas, Venezuela. Gaceta Oficial No. 4209 Extraordinario. 18 de septiembre de 1990.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. 1994. Ley Orgánica de la Justicia de Paz. Caracas, Venezuela. Gaceta Oficial No. 4817 Extraordinario. 21 de diciembre de 1994.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. 1997. Ley Orgánica del Trabajo. Caracas, Venezuela. Gaceta Oficial No. 5152 Extraordinario. 19 de junio de 1997.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. 1998. Ley de Arbitraje Comercial. Caracas, Venezuela. Gaceta Oficial No. 36430 Ordinario. 7 de abril de 1998.
- COMISIÓN LEGISLATIVA NACIONAL. 2000. Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Caracas, Venezuela. Gaceta Oficial No. 36970 Ordinario. 12 de junio de 2000.
- FRAGA PITTALUGA, Luis. El arbitraje y la transacción como métodos alternativos de resolución de conflictos administrativos. Compilado por: Belén Ramírez Landaeta. En: IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer Carías". Caracas, Venezuela: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. 1998. Pp. 135-182.
- LEAL WILHELM, Salvador. 2004. Teoría del Procedimiento Administrativo. Caracas, Venezuela: Vadell Hermanos Editores.
- LONGO F., Paolo. 2004. Arbitraje y Sistema Constitucional de Justicia. Caracas, Venezuela: Editorial Frónesis.
- MOGOLLÓN ROJAS, Ivor Dalvano. 2004. El Arbitraje Comercial Venezolano. Caracas, Venezuela: Vadell Hermanos Editores.
- PEÑA SOLÍS, José. 2004. Manual de Derecho Administrativo. Adaptado a la Constitución de 1999. Volumen 1. Caracas, Venezuela: Colección de Estudios Jurídicos No. 1. Tribunal Supremo de Justicia.
- PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA EN CONSEJO DE MINISTROS. 2008. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública. Caracas,



- Venezuela. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 5.890 Extraordinario. 31 de julio de 2008.
- SOTO HERNÁNDEZ, María Eugenia y TAVARES DUARTE, Fabiola del Valle. Funciones del Estado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999. Compilado por: Fernando Parra Aranguren. En: Estudios de Derecho Público. Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón. Volumen II. Caracas, Venezuela: Colección Libros Homenaje No. 3. Tribunal Supremo de Justicia. 2001. Pp. 413-457.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA CONSTITUCIONAL. Sentencia del 23 de mayo de 2001. Caso: Juicio de Grupo Inmensa C.A. y otra empresa. En: Pierre Tapia, Oscar (Compilador). Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Repertorio Mensual de Jurisprudencia (Desde 1973). No. 5. Caracas, Venezuela: Editorial Pierre Tapia. 2001. Pp. 623-631.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA CONSTITUCIONAL. Sentencia del 22 de abril de 2005. Caso: Juicio de Construcciones Industriales Martoran, C.A (Coinmarca). En: Pierre Tapia, Oscar (Compilador). Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Repertorio Mensual de Jurisprudencia (Desde 1973). No. 4. Caracas, Venezuela: Editorial Pierre Tapia. 2005. Pp. 233-241.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA CONSTITUCIONAL. Sentencia del 14 de febrero de 2006. Caso: Juicio de Corporación Todosabor C.A. En: Pierre Tapia, Oscar (Compilador). Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Repertorio Mensual de Jurisprudencia (Desde 1973). No. 2. Caracas, Venezuela: Editorial Pierre Tapia. 2006. Pp. 384-396.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA CONSTITUCIONAL. Sentencia del 20 de junio de 2007. Caso: Juicio de Distribuidora Punto Fuerte D.P.F.C.A. En: Pierre Tapia, Oscar (Compilador). Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Repertorio Mensual de Jurisprudencia (Desde 1973). No. 6. Caracas, Venezuela: Editorial Pierre Tapia. 2007. Pp. 291-298.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia del 8 de febrero de 2002. Caso: Juicio de Hanover P.G.N Compressor C.A. contra Consorcio Consaconveca. En: Pierre Tapia, Oscar (Compilador). Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Repertorio Mensual de Jurisprudencia (Desde 1973). No. 2. Caracas, Venezuela: Editorial Pierre Tapia. 2002. Pp. 247-253.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia del 9 de noviembre de 2004. Caso: Juicio de Operaciones, F.F.C.A. contra Valores Venafin S.A. En: Pierre Tapia, Oscar (Compilador). Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Repertorio Mensual de Jurisprudencia (Desde 1973). Tomo I. No. 11. Caracas, Venezuela: Editorial Pierre Tapia. 2004. Pp. 333-339.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia del 25 de septiembre de 2006. Caso: Juicio de Abogado José Luís Mejicano Llamozas y una empresa. En: Pierre Tapia, Oscar (Compilador). Jurisprudencia del Tribunal



- Supremo de Justicia. Repertorio Mensual de Jurisprudencia (Desde 1973). No. 9. Caracas, Venezuela: Editorial Pierre Tapia. 2006. Pp. 377-385.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA POLÍTICOADMINISTRATIVA. Sentencia del 16 de junio de 2000. Caso: Juicio de Francisca Antonia Alcalá de Centeno y otra. En: Pierre Tapia, Oscar (Compilador). Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Repertorio Mensual de Jurisprudencia (Desde 1973). No. 6. Caracas, Venezuela: Editorial Pierre Tapia. 2000. Pp. 29-30.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA POLÍTICOADMINISTRATIVA. Sentencia del 20 de junio de 2001. Caso: Juicio de Corporación L'Hoteles C.A. En: Pierre Tapia, Oscar (Compilador). Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Repertorio Mensual de Jurisprudencia. (Desde 1973). No. 6. Caracas, Venezuela: Editorial Pierre Tapia. 2001. Pp. 371-385.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA POLÍTICOADMINISTRATIVA. Sentencia del 23 de mayo de 2002. Caso: Juicio de Productos Industriales Venezolanos S.A. (Pivensa). En: Pierre Tapia, Oscar (Compilador). Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Repertorio Mensual de Jurisprudencia. (Desde 1973). No. 5. Caracas, Venezuela: Editorial Pierre Tapia. 2002. Pp. 491-496.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA POLÍTICOADMINISTRATIVA. Sentencia del 5 de febrero de 2004. Caso: Juicio de C y M Conservaciones y Mantenimiento C.A. En: Pierre Tapia, Oscar (Compilador). Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Repertorio Mensual de Jurisprudencia. (Desde 1973). Tomo I. No. 2. Caracas, Venezuela: Editorial Pierre Tapia. 2004. Pp. 269-273.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA POLÍTICOADMINISTRATIVA. Sentencia del 3 de marzo de 2004. Caso: Roberto Antonio Contreras Ramírez contra Asociación Cooperativa Mixta de Transporte de Carga Táchira, S.R.L. En: Pierre Tapia, Óscar (Compilador). Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Repertorio Mensual de Jurisprudencia. (Desde 1973). Tomo I. No. 3. Caracas, Venezuela: Editorial Pierre Tapia. 2004. Pp. 548-552.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA POLÍTICOADMINISTRATIVA. Sentencia del 10 de junio de 2004. Caso: Juicio Shell Venezuela Productos, C.A. En: Pierre Tapia, Oscar (Compilador). Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Repertorio Mensual de Jurisprudencia (Desde 1973). No. 6. Caracas, Venezuela: Editorial Pierre Tapia. 2004. Pp. 539-544.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA POLÍTICOADMINISTRATIVA. Sentencia del 1º de febrero de 2006. Caso: Juicio de Guzberg, C.A. contra Unidad de Gestión del Plan de Desarrollo Socioeconómico de la Región Sur del Estado Monagas. En: Pierre Tapia, Oscar (Compilador). Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Repertorio Mensual de Jurisprudencia. (Desde 1973). No. 2. Caracas, Venezuela: Editorial Pierre Tapia. 2006a. Pp. 377-383.

- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA POLÍTICOADMINISTRATIVA. Sentencia del 1° de febrero de 2006. Caso: Juicio de Hesperia Enterprise Sucursal de Venezuela, C.A. contra Corporación Hotelera Hemesa, C.A. En: Pierre Tapia, Oscar (Compilador). Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Repertorio Mensual de Jurisprudencia. (Desde 1973) No. 2. Caracas, Venezuela: Editorial Pierre Tapia. 2006b. Pp. 373-376.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA POLÍTICOADMINISTRATIVA. Sentencia del 7 de marzo de 2006. Caso: Juicio de Angelita Jardim Figuera contra BX2 Franquicias, C.A. En Pierre Tapia, Oscar (Compilador). Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Repertorio Mensual de Jurisprudencia (Desde 1973). No. 3. Caracas, Venezuela: Editorial Pierre Tapia. 2006. Pp. 213-218.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA POLÍTICOADMINISTRATIVA. Sentencia del 5 de abril de 2006. Caso: Juicio de Electronica Industriales S.P.A. contra C.A. VTV. En: Pierre Tapia, Oscar (Compilador). Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Repertorio Mensual de Jurisprudencia (Desde 1973). No. 4. Caracas, Venezuela: Editorial Pierre Tapia. 2006. Pp. 167-201.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA POLÍTICOADMINISTRATIVA. Sentencia del 10 de agosto de 2006. Caso: juicio de Tel-Free Venezuela, C.A. En: Pierre Tapia, Oscar (Compilador). Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Repertorio Mensual de Jurisprudencia. (Desde 1973). No. 8. Caracas, Venezuela: Editorial Pierre Tapia. 2006. Pp. 239-245.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA POLÍTICOADMINISTRATIVA. Sentencia del 28 de noviembre de 2006. Caso: Juicio de Minera Hecla Venezolana, C.A. contra Pérez Fajardo Servicios Generales, C.A. En: Pierre Tapia, Oscar (Compilador). Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Repertorio Mensual de Jurisprudencia (Desde 1973). Tomo I. No. 11. Caracas, Venezuela: Editorial Pierre Tapia. 2006. Pp. 383-387.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA POLÍTICOADMINISTRATIVA. Sentencia del 12 de diciembre de 2006. Caso: Juicio de Tanning Research Laboratorios, Inc. contra Hawaiian Tropic de Venezuela, C.A. En: Pierre Tapia, Oscar (Compilador). Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Repertorio Mensual de Jurisprudencia. (Desde 1973). Tomo I. No. 12. Caracas, Venezuela: Editorial Pierre Tapia. 2006. Pp. 253-257.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA POLÍTICOADMINISTRATIVA. Sentencia del 24 de enero de 2007. Caso: Juicio de Oswaldo Antonio García Guirola contra Suramericana de Transporte Petrolero C.A. En: Pierre Tapia, Oscar (Compilador). Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Repertorio Mensual de Jurisprudencia (Desde 1973). No. 1. Caracas, Venezuela: Editorial Pierre Tapia. 2007. Pp. 215-223.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA POLÍTICOADMINISTRATIVA. Sentencia del 30 de mayo de 2007. Caso: Juicio de Servicios y Construcciones Paraíso Rodríguez C.A (Secoroca) contra CNPC América LTD. En: Pierre Tapia, Oscar (Compilador). Ju-

- risprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Repertorio Mensual de Jurisprudencia. (Desde 1973). No. 5. Caracas, Venezuela: Editorial Pierre Tapia. 2007. Pp. 329-331.
- ZAMBRANO, Freddy. 2004. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela 1999 Comentada. Amplio Desarrollo de los Derechos Humanos. Primera Edición. Tomo I. Caracas, Venezuela: Editorial Atenea.





Autora: Adriana Botero Martínez

Título: Vamos de fiesta

Técnica: Óleo sobre cartón  
con intervención digital

Dimensión: 12 x 20

Año: 2006

## ***ESTADO SOCIAL DE DERECHO, “ESTADO COMUNITARIO” Y “ESTADO DE OPINIÓN”: LA REDEFINICIÓN DEL ESTADO EN LOS DISCURSOS DEL PRESIDENTE ÁLVARO URIBE VÉLEZ\****

---

\* El presente artículo es resultado parcial de la tesis doctoral defendida por el autor en el Doctorado en Derecho Público y Transformaciones del Estado, en la Universidad Autónoma de Barcelona, España, el 10 de diciembre de 2009, titulada “Control constitucional, guerra y paz en Colombia: 1992 – 2006”. La mencionada tesis obtuvo el reconocimiento *Summa Cum Laude*.

Fecha de recepción: agosto 16 de 2010

Fecha de aprobación: octubre 12 de 2010

# ESTADO SOCIAL DE DERECHO, “ESTADO COMUNITARIO” Y “ESTADO DE OPINIÓN”: LA REDEFINICIÓN DEL ESTADO EN LOS DISCURSOS DEL PRESIDENTE ÁLVARO URIBE VÉLEZ

*Mario Montoya Brand\*\**

*“Pero ahora diré lo que es más grave: [el monarca] trastorna las leyes patrias, viola mujeres y mata por capricho” Otones*

## RESUMEN

Este artículo se propone examinar el significado y las implicaciones de las expresiones “Estado comunitario” y “Estado de opinión”, usadas por el presidente Álvaro Uribe Vélez en varios de sus discursos, intervenciones y alocuciones. Según el autor, ambas fórmulas resultan claramente contrarias al Estado social de derecho establecido por la Constitución Política de 1991, y han sido recurridas en diversas ocasiones por parte del primer mandatario de la nación como alternativas de hecho para eludir límites jurídicos, con todo lo cual se ha dado lugar al inicio de un proceso tácito de redefinición del modelo de Estado.

**Palabras clave:** Colombia, Constitución de 1991, Álvaro Uribe, Estado social de derecho, Estado comunitario, Estado de opinión.

## SOCIAL STATE OF LAW, “COMMUNITARY STATE” AND “STATE OF OPINION”: REDEFINITION OF THE STATE IN THE DISCOURSE OF THE PRESIDENT ALVARO URIBE VÉLEZ

## ABSTRACT

The purpose of this article is to examine the meaning and implications of the expressions “Communitarian State” and “State of opinion”, used by president Álvaro Uribe Vélez in several speeches and communications. According to the author, both formulas are clearly contrary to the Social State of Law established by the Political Constitution of 1991, and they have been used in diverse occasions by the President as non-judicial alternatives to elude boundaries imposed by Law. All of this has brought as a consequence the initiation of an unspoken process of redefinition of the State’s model.

**Keywords:** Colombia, Constitution of 1991, Álvaro Uribe, Social State of Law, Communitarian State, State of opinion.

---

\*\* El autor es abogado de la Universidad de Antioquia, Magíster en Ciencias Políticas del Instituto de Estudios Políticos de Universidad de Antioquia, Magíster en Filosofía Política de la Universidad Autónoma de Barcelona y Doctor en Derecho Público de la misma Universidad. Actualmente se desempeña como profesor, investigador y Director del Área de Derecho Público de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT. [mbrand@eafit.edu.co](mailto:mbrand@eafit.edu.co)

# ESTADO SOCIAL DE DERECHO, “ESTADO COMUNITARIO” Y “ESTADO DE OPINIÓN”: LA REDEFINICIÓN DEL ESTADO EN LOS DISCURSOS DEL PRESIDENTE ÁLVARO URIBE VÉLEZ

## INTRODUCCIÓN

El 16 de marzo de 2006, durante un “conversatorio” con empresarios y microempresarios en la ciudad de Santa Marta, el presidente Álvaro Uribe Vélez pronunció dentro de su discurso las siguientes palabras: “Hay que linchar a los corruptos, nada de pañitos tibios, compatriotas: linchemos a los corruptos”.<sup>1</sup>

Es curioso que la exhortación del primer mandatario de la nación a una muchedumbre a matar a quien cometa un crimen no haya dado lugar a una reacción significativa por parte de los medios de comunicación, los analistas políticos o los estudiosos académicos. Es evidente que se trata de un acto que vulnera importantes normas del ordenamiento jurídico colombiano,<sup>2</sup> especialmente si se considera que es cometido por la más importante autoridad de un Estado de derecho –ED-.<sup>3</sup> En tanto acto ilegal y público, este episodio puede ser sumado a otros protagonizados por el alto funcionario a lo largo de su mandato.<sup>4</sup>

---

1 Tomado de “La voz del Presidente”, artículo publicado en [www.semana.com](http://www.semana.com). Consultado el 15 de junio de 2009. [http://www.semana.com/wf\\_InfoArticulo.aspx?IdArt=93403](http://www.semana.com/wf_InfoArticulo.aspx?IdArt=93403)

2 A manera de ejemplo: inviolabilidad del derecho a la vida (artículo 11 de la Constitución Política –CP-); presunción de inocencia y debido proceso (artículo 29 CP); principio de restrictividad de los servidores públicos (artículos 6, 121 y 122 CP); el juramento presidencial de respetar la Constitución, las leyes y los derechos de los ciudadanos (artículo 188 CP); y por último, la supremacía constitucional y la aplicación inmediata de los derechos (artículos 4 y 85 CP).

3 El artículo 188 de la CP establece que el presidente simboliza la unidad nacional (curiosamente no la simboliza la Constitución), en tanto que el artículo 189 de la CP establece que el presidente es Jefe de Estado, Jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa.

4 Dos ejemplos bastan: en un “consejo comunitario” en Buenaventura, el presidente ordenó directamente detener al secretario de gobierno, Adolfo Chipantiza, sin que éste se encontrase en estado de flagrancia por la comisión de algún delito, con base en una denuncia tardía y publicitaria, proveniente de un oficial de la Armada; con lo cual el presidente violó el debido proceso y la presunción de inocencia del mencionado ciudadano establecidos en el artículo 28 de la CP. Cfr. “¿Puede el Jefe de Estado ordenar la captura de un ciudadano señalado de un delito?”. En: [http://www.semana.com/wf\\_InfoArticulo.aspx?idArt=97737](http://www.semana.com/wf_InfoArticulo.aspx?idArt=97737). Consultado el 20 de marzo de 2010.

El presidente Uribe también ha alterado gravemente la división de poderes, al usurpar funciones propias de la rama judicial, en este sentido: “... y quiero de una vez invitar: todas las personas que nos quieran dar información importante para derrotar el crimen en Colombia, aquí [en el Palacio de Nariño] las recibimos.

La referencia a este hecho, aunque anecdótica, no carece de importancia para leer algunos de los aspectos que pueden ser tomados como rasgos de los dos últimos gobiernos, tales como la “mano dura” o “firme”<sup>5</sup> y la legitimidad que ha tenido Álvaro Uribe, expresada en un cierto sentimiento popular de acuerdo con el cual Colombia ahora sí tiene un presidente “con pantalones”.<sup>6</sup>

Este episodio ha sido sumamente útil para iniciar mis reflexiones acerca de dos de las voces más recurridas por el Presidente durante sus dos gobiernos: el “Estado comunitario” –EC- y el “Estado de opinión” –EO-. Ambas figuras han sido más debatidas en el ámbito periodístico que en los círculos académicos, pero en términos generales han sido consideradas, por lo menos, polémicas.<sup>7</sup>

Este artículo parte de un amplio registro discursivo y se propone examinar el significado de las locuciones EC y EO,<sup>8</sup> vertidas en un conjunto significativo de los numerosos discursos pronunciados por el Presidente en diversos escenarios; en ellos, de manera recurrente, hace referencia al significado que para él tienen las dos mencionadas expresiones.<sup>9</sup>

---

Ha sido una norma de mi administración y seguirá siendo hasta el último día de Gobierno”. En rueda de prensa, celebrada el 25 de agosto de 2007, con estas palabras el presidente justificó la irregular presencia del reconocido paramilitar alias “Job”, en el palacio de Nariño, e instó a los colombianos a seguir presentando denuncias ante el Palacio de Nariño, en lugar de instarlos a formularlas ante las autoridades judiciales competentes. Al efecto, véase: <http://oacp.presidencia.gov.co/snerrss/detalleNota4.aspx?id=16887>

- 5 El eslogan presidencial, repetido hasta la saciedad, suele ser “mano firme y corazón grande”.
- 6 En Colombia se usa esta expresión para indicar que se trata de un gobernante que se atreve a tomar decisiones fuertes, así sean controversiales o incluso violatorias del ordenamiento jurídico. No está lejos de la expresión hoy menos recurrida: “a grandes males, grandes remedios”.
- 7 Al efecto puedo citar los siguientes textos: SÁNCHEZ, Ricardo. *Bonapartismo presidencial en Colombia: el gobierno de Álvaro Uribe Vélez*. Bogotá: Editorial Uniediciones, 2005. 189 p.; ATEHORTÚA, Adolfo. *Las banderas del presidente Uribe: estado comunitario, seguridad democrática, revolución educativa*. Medellín: La Carreta Editores, Universidad de Texas, 2007. 136 p.; RODRÍGUEZ, CARRERA, Roberto. *Análisis comparado entre comunitarismo y Estado Comunitario en el discurso político de Álvaro Uribe Vélez durante su primer periodo presidencial 2002 – 2006*. Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2009, 116 p.; MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. *Corte Constitucional y Estado comunitario*. Medellín: Universidad de Medellín, 2010. 388 p. En un sentido más teórico y sin referencias a Colombia, véase: MAHIEU, Jacques de. *El Estado comunitario*. Barcelona: Nueva República, 2002. 160 p.
- 8 Las transcripciones de las palabras del Presidente conservan su literalidad, por lo cual se mantiene el tono coloquial de algunos de sus discursos y las imprecisiones que son propias de la oralidad improvisada. Estas condiciones no afectan en nada el significado de sus alocuciones.
- 9 El tono coloquial de los discursos no debe llamar a engaños si se trata de fijar el significado de las voces referidas. El propio asesor presidencial, José Obdulio Gaviria, se refiere al EC como una “doctrina” y ha alabado a su jefe como un hombre de “inteligencia superior”. Cfr. GAVIRIA, José Obdulio. *Corte constitucional y doctrina comunitaria*. En: MOLINA BETANCUR, Carlos Mario, op. cit., cap. 1.



Los alcances de este escrito son aproximativos y no conclusivos, en cuanto la determinación acerca de los contenidos precisos que se deba asignar a tales figuras, supondría cotejar toda la gestión de los dos últimos gobiernos, con las formulaciones que figuran en los instrumentos normativos en los cuales tales dicciones alcanzan sentido jurídico positivo: el Programa de Gobierno presentado para su primera candidatura en el año 2002, denominado “Manifiesto democrático: 100 puntos Álvaro Uribe Vélez”,<sup>10</sup> el Plan de Desarrollo 2002 - 2006<sup>11</sup> y el Plan de Desarrollo 2006 – 2010.<sup>12</sup> El análisis acerca de la gestión gubernamental y sus correspondientes resultados escapan a los propósitos de este artículo, y por tanto, el rastreo del contenido del EC y del EO se circunscribirá a las fuentes antedichas, pero como podrá verse, ellas parecen ser suficientes para formarse una idea clara acerca de sus contenidos.<sup>13</sup> Las “producciones verbales” están lejos de agotar una explicación suficiente acerca de cierto tipo de hechos complejos, pero aportan claves importantes para entender cómo leen los actores de la política su entorno y la manera como perciben sus actos dentro del mismo.<sup>14</sup>

Al efecto he estructurado el presente texto de la siguiente manera: en el primer aparte me ocuparé de ofrecer un mapa de la Constitución Política de 1991, que servirá de base jurídica y conceptual para evaluar la constitucionalidad de los discursos presidenciales cuando el primer mandatario habla de estos asuntos; en el segundo aparte presentaré un mapa de los posibles significados atribuidos por el presidente a las voces EC y EO; finalmente, en el tercer aparte recogeré algunas reflexiones de cierre.

## 1. EL ESTADO COMUNITARIO Y EL ESTADO DE OPINIÓN CARECEN DE FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

De acuerdo con la fórmula constitucional contenida en el artículo 1 de la Constitución Política de 1991 –CP–, “Colombia es un Estado social de derecho”. La noción

---

10 Cfr. [http://www.presidencia.gov.co/prensa\\_new/documentos/agosto/07/documen.htm](http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/documentos/agosto/07/documen.htm). Consultado el 10 de marzo de 2009

11 También el documento “Bases para el Plan de Desarrollo 2002 – 2006”, presentado por el candidato a la presidencia, Álvaro Uribe, el cual fue la base del Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, adoptado mediante Ley 812 de 2003, “[p]or la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003 – 2006, hacia un Estado comunitario”. Cfr. <http://www.presidencia.gov.co/planacio/cap1.htm#1>. Consultado el 24 de septiembre de 2008. Sin paginación en el documento electrónico

12 Ley 1151 de 2007, “[p]or la cual se expide el plan nacional de desarrollo 2006 – 2010”.

13 Actualmente preparo otra publicación que se ocupa del significado e implicaciones del EC y del EO en los instrumentos jurídicos que se mencionan en los tres anteriores pies de página.

14 Sobre el tema, véase: BOLÍVAR, Ingrid Johanna. *Discursos emocionales y experiencias de la política. Las Farc y las Auc en los procesos de negociación del conflicto (1998-2005)*. Bogotá: Uniandes y Cesó, 2006. 220 p.

de Estado social de derecho –ESD- en la Constitución tiene diversos contenidos: en primer lugar, es ED,<sup>15</sup> es decir que se encuentra regido por los principios de división y colaboración armónica de poderes (artículo 113), sometimiento de los gobernantes o autoridades públicas a la CP y a las leyes (artículos 6, 121 y 122), distinción entre gobernantes y gobernados (artículos 4 y 95) y en un sentido más amplio, entre Estado y sociedad civil, principio de legalidad (artículos 2, 4, 6, 121, entre otros), y especialmente, que la libertad y los demás derechos fundamentales –de suma importancia el derecho a la vida- vinculan a las autoridades públicas (artículos 1, 2, 11, 13 y 188).

En segundo lugar, es un Estado democrático, dentro del cual pueden ser comprendidas la prevalencia del interés general sobre el particular (artículo 1), la coexistencia de dos modelos de soberanía, la popular o directa y la representativa o indirecta (artículo 3), y el carácter pluralista (artículo 1), así como también facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en lo que tiene que ver con la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación (artículo 2).

En tercer lugar, es Estado social, lo que significa que el principio de igualdad material orienta el cumplimiento de sus funciones, por lo cual, debe asegurar a sus integrantes el trabajo y la justicia material, y tiene como algunos de sus fines garantizar un orden económico y social justo, y promover la prosperidad general (Preámbulo y artículo 2).

En cuarto lugar, es Estado constitucional, y con ello se quiere resaltar que la CP es norma de normas (artículo 4), y que en cualquier caso de incompatibilidad entre la Constitución y cualquier norma jurídica -leyes, decretos, ordenanzas, acuerdos, circulares, mandatos, órdenes o medidas- debe aplicarse siempre de manera preferente la Constitución, además de que se establecen unos derechos de aplicación directa e inmediata (artículo 85), y el juez es el órgano central en cuyas manos se encuentra la decisión última acerca de las leyes y los derechos (Título I: De los principios fundamentales, y artículos 86, 230 y 241). La Corte Constitucional, actuando en su calidad de guardiana de la Constitución e intérprete vinculante para los órganos del Estado y los particulares, confirma estas perspectivas en múltiples sentencias panorámicas, dentro de las cuales destaco la Sentencia de Unificación 747 de 1998.

Es verdad que la propia Constitución contiene cláusulas que podrían prestarse para derivaciones menos enmarcadas en las nociones antedichas de ESD. Así por ejemplo, en el Preámbulo se invoca a Dios, lo cual podría dar lugar a interpreta-

---

15 Sobre la noción de Estado de derecho, puede verse: DÍAZ, Elías. "Estado de derecho" En: DÍAZ, Elías y RUÍZ MIGUEL, Alfonso. *Filosofía Política II. Teoría del Estado*. Madrid: Trotta, 1996. p. 63-82.

ciones confesionales del Estado si además se considera que la religión católica es practicada mayoritariamente por la población; el artículo 188 dispone que el Presidente es el símbolo de la unidad nacional, lo cual es propio de los modelos de gobierno monárquicos.

En el mismo sentido, podrían hacerse interpretaciones como: la constitucionalidad de los llamados “crímenes de obediencia” cometidos por los militares, según la literalidad del artículo 91; una calculada ambigüedad entre el carácter civil y militar de la Policía Nacional, derivada de los artículos 216, 217 y 218 de la CP; una cierta primacía de los deberes sobre los derechos, especialmente en la posibilidad de crear cuerpos de “ciudadanos en armas” (artículo 95, especialmente su numeral 3, y artículo 216 de la CP); el carácter plebiscitario de los mecanismos de participación directa, tales como el referendo, la consulta popular y el plebiscito, según se establece en los artículos 103 y 258; la facilidad para que los gobiernos conviertan la legislación extraordinaria, de la anormalidad o de los estados de excepción, en legislación ordinaria, la cual se encuentra en las disposiciones transitorias de la CP –artículo transitorio 8–<sup>16</sup> y en el artículo 215, referido al estado de emergencia económica y social; y finalmente, derivado del artículo 296, el centralismo personalista, vertical y jerarquizante que hace prevalecer siempre las determinaciones del Presidente en materia de orden público por sobre las decisiones de los gobernadores y alcaldes. Tales cláusulas han sido interpretadas en diversas sentencias de la Corte Constitucional en un sentido más plegado a la noción expuesta de ESD, pero pudieron haber sido, y todavía podrían ser, interpretadas en un sentido sumamente autoritario.<sup>17</sup>

No obstante todo lo mencionado hasta aquí, durante sus dos gobiernos, Álvaro Uribe Vélez no se ha referido con mucha frecuencia al ESD, y cuando lo hace, no es en los términos señalados en la Constitución, sino que, en un sentido muy distinto, lo asocia con dos voces completamente extrañas al texto constitucional, a saber: el “Estado comunitario” y el “Estado de opinión”. Sin que sea necesario todavía conocer el significado exacto de tales creaciones presidenciales, es importante dejar en claro que en los Estados de derecho a las autoridades públicas se les aplica el principio de restrictividad en el cumplimiento de sus funciones, de acuerdo con

---

16 “Artículo transitorio 8. Los decretos expedidos en ejercicio de las facultades de Estado de Sitio hasta la fecha de promulgación del presente Acto Constituyente, continuarán rigiendo por un plazo máximo de noventa días, durante los cuales el Gobierno Nacional podrá convertirlos en legislación permanente, mediante decreto, si la Comisión Especial no los imprueba.”

17 “En el sentido amplio de la expresión, el “autoritarismo” es un género que comprende todas las formas de gobierno que se sustenten en el ejercicio concentrado y arbitrario del poder, cualquiera que sea la ideología que les sirva de apoyo”. PLAZAS VEGA, Mauricio. En: Ideas políticas y teoría del derecho. Bogotá: Editorial Temis, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2003. p. 177

el cual esas autoridades sólo pueden hacer aquello que les está ordenado, pues lo demás les está prohibido. Es por todo lo dicho hasta aquí que la referencia caprichosa al ESD como EC y EO pareciera una expresión de la arbitrariedad presidencial y, como consecuencia, una manifestación de personalismo que desde luego rompe con la literalidad y los contenidos de la Carta.

De todo lo anterior se sigue que la redefinición discursiva del tipo estatal mediante una denominación que no figura en la Constitución Política de 1991 sugiere prácticas personalizadas de mutación constitucional, tales como sí, por decisión de quien gobierna, se hablase en adelante de primer ministro o de monarca en lugar de presidente; de modelo parlamentario o de partido único en lugar de tipo semipresidencial; o de derechos públicos subjetivos en lugar de derechos fundamentales. Las instituciones constitucionales con su literalidad constituyen en los Estados de derecho escudos contra la expansión interpretativa y la referencia caprichosa a las ocurrencias del gobernante. Así pues, la inversión del inveterado principio constitucional occidental de acuerdo con el cual, el mejor gobierno es el gobierno de las leyes y no el gobierno de los hombres, es lo que está en juego en Colombia.

## **2. LOS CONCEPTOS DE ESTADO DE DERECHO, ESTADO COMUNITARIO Y ESTADO DE OPINIÓN DEL PRESIDENTE**

### **ÁLVARO URIBE VÉLEZ**

Antes de tratar de esclarecer el significado y las implicaciones de ambas fórmulas en el lenguaje presidencial, conviene señalar dos aspectos importantes relativos al uso de ellas por parte del Gobierno Uribe.

En primer lugar, ambas figuras han sido usadas desde el año 2002 hasta la actualidad, con una importante intensificación de la noción de EC en los años 2002 y 2003, y de EO en los años 2008 y 2009.<sup>18</sup> En segundo lugar, aunque ambas suelen aparecer en las palabras presidenciales, es importante precisar que la voz EC, alcanza a ser incluida en normas jurídicas concretas, específicamente en la Ley 812 de 2003, “[p]or la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003 – 2006, hacia un Estado comunitario”; mientras que el EO ha sido usado fundamentalmente en los discursos y alocuciones presidenciales, y no en disposiciones jurídicas concretas.

---

18 Este registro es obtenido en la página web de la Presidencia de la República: [www.presidencia.gov.co](http://www.presidencia.gov.co), consultada en marzo de 2010. En marzo 20 de 2010, la página muestra más de 153 resultados, es decir, de alocuciones, intervenciones y discursos presidenciales en las que Uribe utilizó los términos EC y EO.

Una revisión detallada de las referencias presidenciales a las nociones de ED, EC y EO, muestra los siguientes contenidos o relaciones posibles con sus correlativas implicaciones:<sup>19</sup>

### 2.1. ALGUNAS VECES LOS TRES TÉRMINOS SON USADOS COMO SINÓNIMOS.

Así por ejemplo, se lee en apartes de los discursos presidenciales razonamientos como estos: “[p]ara mí lo que identifica, caracteriza fundamentalmente al Estado de Derecho, es la participación de la opinión pública, es un Estado de opinión [...] ahí vamos conduciéndonos a lo que yo he llamado: la ecuación que hace equivalente el Estado de Derecho al Estado de Opinión. Y eso nos va llevando al Estado Comunitario, un Estado de alta participación de la ciudadanía, un Estado de opinión [...]”.<sup>20</sup> La sinonimia parece marcada por la interpretación de acuerdo con la cual el factor que permite establecer la identidad entre los tres “tipos” de Estado es la intensa participación ciudadana, o más exactamente, la relevancia de la opinión pública.

Esta relación de sinonimia se extiende en el tiempo y alcanza tanto el pasado como el presente y el futuro. En efecto, aunque el presidente Uribe es la primera persona que habla de un EC y un EO en Colombia, su intento por darle un matiz histórico<sup>21</sup> contribuye a eliminar cualquier percepción de ser una caprichosa ocurrencia contemporánea, de modo que aparezca casi como un rescate o un redescubrimiento de una institución inveterada en el sentimiento patriótico. La identidad es también actual,<sup>22</sup> y significa que el ED es una realidad pero marcada por el rasgo de una

---

19 Prefiero hablar de “contenidos posibles” y no de características o rasgos, en razón de las contradicciones en las que incurre el Presidente en su formulación, con lo que cualquier afirmación en el sentido de un “cuerpo de doctrina” coherente o algo parecido carece de basamento, salvo que “cuerpo de doctrina” signifique conjunto de contradicciones necesarias para gobernar eficazmente –aunque no legítima o legalmente– en cada momento y lugar según el criterio del gobernante.

20 Palabras del presidente Uribe al clausurar foro sobre convivencia pacífica el 23 de febrero de 2006. En: [http://www.presidencia.gov.co/prensa\\_new/discursos/discursos2006/junio/ceremonia.htm](http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/discursos/discursos2006/junio/ceremonia.htm). Consultado el 20 de marzo de 2010.

21 “La Patria ha brillado estos 85 años por defender el Estado de Opinión, por defender el Estado de libertades. Como acabamos de escucharlo, en las palabras del doctor Nicolás Restrepo, ha sufrido la coacción del terrorismo. Ha sufrido en carne propia la violencia del terrorismo.” Conmemoración de los 85 años del diario La Patria el 15 de diciembre de 2006. En: <http://web.presidencia.gov.co/discursos/discursos2006/diciembre/diario.htm>. Consultado el 20 de marzo de 2010

22 Un rápido balance, luego de 7 años de gobierno, lleva al mandatario a sostener que ya se ha alcanzado el Estado de opinión: “Aquí hemos logrado llegar a esa fase superior del Estado de Derecho que es el Estado de Opinión.” Palabras del Presidente Álvaro Uribe Vélez en la clausura de la convención de Asobancaria

opinión pública exacerbada, descubierta y valorada por el mandatario. Por último, la trinidad estatal es un proyecto de futuro,<sup>23</sup> si bien arraigado en la actualidad a partir del descubrimiento presidencial y que se perfecciona al darle continuidad a las políticas gubernamentales. Una ocurrencia personal reforzada por una intemporalidad sin fundamento.

## 2.2. EN OTRAS OCASIONES EL ESTADO DE OPINIÓN ES ASUMIDO POR EL PRESIDENTE COMO EL “ESTADIO SUPERIOR DEL ESTADO DE DERECHO”.

En una clara alusión a la metáfora de Karl Marx y Friedrich Engels, que consideran el comunismo como la etapa superior del socialismo, Uribe continúa con su analogía del “Manifiesto democrático”. En una de sus intervenciones se escucharon estas palabras: “[d]iría que Colombia está en la fase superior del Estado de Derecho, que es el Estado de Opinión. Aquí las leyes no las determina el presidente de turno. Difícilmente las mayorías del Congreso. Todas son sometidas a un riguroso escrutinio popular, y finalmente a un riguroso escrutinio constitucional.”<sup>24</sup>

El uso deliberado de la lectura marxista en aparente clave democrática, no sugiere una coincidencia entre los diferentes modelos de Estado, sino una línea de progresión que marca al ED como un precedente a superar por la propuesta uribista del ambiguo EO. Esta línea de progreso no es el resultado de un proceso de decisión constitucional sino la ruta marcada por el líder iluminado que conoce el destino del pueblo colombiano, a la manera del determinismo comunista. Emparentado con lo anterior, pero sin la referencia a la metáfora comunista, el EO puede aparecer como una versión más moderna, novedosa o superada del ED,<sup>25</sup> como la singular

---

el 10 de julio de 2009. En: <http://web.presidencia.gov.co/sp/2009/julio/10/16102009.html>. Consultado el 20 de marzo de 2010.

- 23 “[n]osotros, hemos interpretado el concepto de planeación democrática de nuestra Constitución, el concepto de Estado de Derecho, un Estado social a la luz de todo lo que a ellos subyace, un permanente estado de opinión. Por eso hemos propuesto el Estado Comunitario, vigente para el corto plazo, posibilidad de largo plazo [...] Palabras del presidente Uribe en lanzamiento del documento Colombia 2019 el 7 de agosto de 2005. En: <http://www.presidencia.gov.co/sne/2005/agosto/07/04072005.htm>. Consultado el 20 de marzo de 2010.
- 24 Palabras del Presidente Álvaro Uribe durante la cena ofrecida en honor de los Príncipes de Asturias el 27 de mayo de 2009. En: <http://web.presidencia.gov.co/sp/2009/mayo/27/22272009.html>. Consultado el 20 de marzo de 2010.
- 25 Así por ejemplo, “[e]n mi concepto, es la participación de opinión lo que distingue el nuevo concepto de Estado de Derecho, el Estado de Opinión. Una participación de opinión vigorosa, ilimitada, plural, que pueda expresarse desde todas las canteras del pensamiento y en todos los momentos, a lo cual contribuyen tareas académicas como la de la Fundación Universitaria Los Libertadores, que es lo que finalmente reivindica al Estado de Derecho en esa acepción moderna el Estado de Opinión.” Entrega al presidente Uribe del doctorado honoris causa en comunicación social y periodismo otorgado por la universidad los libertadores el 11 de abril de

determinación del futuro del ED,<sup>26</sup> o como la condición para alcanzar en el futuro el Estado social,<sup>27</sup> de tal manera que sin esa particular manera de vincular a la población al proyecto uribista, el Estado social es inalcanzable.<sup>28</sup>

### **2.3. A PESAR DE LO TRANSCRITO Y COMENTADO EN LOS DOS APARTES PREVIOS, ALGUNOS RASGOS DEL EC Y DEL EO EXPRESADOS POR URIBE EN SUS DISCURSOS Y ALOCUCIONES, SON CLARAS CONTRADICCIONES DEL ESD PERFILADO EN LA CARTA DE 1991, POR EJEMPLO:**

#### **2.3.1. EL EO ES UN ESTADO *ANTI*JUDICIAL.**

En efecto, las diferencias del Gobierno Uribe con algunos órganos judiciales, particularmente con la Corte Suprema de Justicia en razón de las investigaciones por la “parapolítica”, y con la Corte Constitucional como resultado de la declaratoria de inconstitucionalidad de algunos de sus proyectos, dieron lugar a numerosos intentos por disminuir el poder constitucional de tales órganos, todo lo cual se reflejó en sus discursos y en las tendencias de su EO contra el poder judicial.

Así, la disociación entre EO y poder judicial se ha presentado especialmente en el marco de la transparencia que pregonó Uribe, que fundamentalmente se asocia con la asignación pública –es decir, en consejos comunitarios- de ciertos contratos.

---

2007. En: [http://www.presidencia.gov.co/prensa\\_new/discursos/discursos2007/abril/libertadores.htm](http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/discursos/discursos2007/abril/libertadores.htm). Consultado el 20 de marzo de 2010.

26 Según el presidente: “[d]efinitivamente, el elemento singular del Estado de Derecho es constituirse en un Estado de opinión.” Instalación de la XVIII Asamblea General de la Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras (Olacefs) el 7 de octubre de 2008. En:

<http://web.presidencia.gov.co/sp/2008/octubre/07/03072008.html>. Consultado el 20 de marzo de 2010.

27 “Entre más participe la ciudadanía como Estado de opinión, más cumplimos con el Estado de derecho y con el Estado social. La participación de la ciudadanía es garantía para esa norma del Estado de derecho que nos sujeta a todos –empezando por los gobernantes- a la ley, y para ese valor del Estado social que nos somete a todos a la solidaridad.” Palabras del Presidente Uribe en la clausura del Consultorio Empresarial en Cartagena el 7 de mayo de 2009. En: <http://web.presidencia.gov.co/sp/2009/mayo/07/03072009.html>. Consultado el 20 de marzo de 2010.

28 Es curioso el hecho de que la reinterpretación de hechos rutinarios, presentes desde gobiernos que le precedieron, sean tomados como rasgos propios de la superación del Estado de derecho, por su Estado de opinión: “[y] nos honramos de tener unos Estados de formación deliberante, de instituciones independientes, en los cuales las viejas categorías del Estado de Derecho han sido superadas por la nueva categoría del Estado de Derecho: el Estado de Opinión, que se expresa plenamente en las libertades de un acontecimiento cultural como la Feria del Libro de Bogotá.” Palabras del Presidente Álvaro Uribe durante la inauguración de la Feria Internacional del Libro de Bogotá el 12 de agosto de 2009. En: <http://web.presidencia.gov.co/sp/2009/agosto/12/11122009.html>. Consultado el 20 de marzo de 2010.

El Presidente ha justificado su negativa a ampliar el personal de la rama judicial argumentando que en su lugar puede funcionar la vigilancia de las audiencias públicas;<sup>29</sup> igualmente, y en asuntos muy próximos, ha mostrado su interés en que decrezca la litigiosidad que pasa por la rama judicial, pero al parecer la solución la encuentra en la disminución del tamaño de la administración de justicia o en que los ciudadanos recurran menos a los jueces;<sup>30</sup> en la sustitución de la legitimidad del juez como control del poder por la aclamación pública;<sup>31</sup> y en el desplazamiento del valor de la interpretación judicial por la mirada vigilante de la opinión pública.<sup>32</sup> En el EO los jueces están lejos de ser el órgano central que es propio de los Estados constitucionales, y son sustituidos por la opinión pública.

---

29 Se lee en la página web de la Presidencia todo lo siguiente: "Si los vigilantes tienen una oposición a una decisión local sobre patrimonio cultural, la autoridad competente debe suspender la ejecución de esa decisión mientras no haya una audiencia pública y examine ampliamente con ellos el porque de la decisión", dijo Uribe.

"Ésta nueva propuesta evitará crear más instancias judiciales en la solución de problemas de patrimonio cultural y agilizará la solución de los éstos a nivel nacional", dijo Uribe Vélez

"Es una opción equilibrada no crearle más instancias judiciales, pero si instancias de opinión, la audiencia publica. Aquí necesitamos profundizar más el Estado de Opinión, mas que el Estado Judicial. El Estado de Opinión que es lo que llamamos Estado Comunitario". Palabras pronunciadas el 12 de julio de 2003. En: <http://www.presidencia.gov.co/sne/sne/2003/julio/12/09122003.htm>. Consultado el 20 de marzo de 2010.

30 "No desfalleceremos en la búsqueda del Estado Comunitario, en sus expresiones de capitalismo social. Queremos una Nación menos contenciosa; que la relación entre el Estado y la comunidad sea menos litigiosa. Necesitamos más Estado de Opinión, en el cual la instancia judicial pueda ceder a la instancia de la gente, como en las audiencias públicas para la adjudicación de contratos y en las audiencias que nos proponemos reglamentar a fin de que los vigilantes de la conservación del patrimonio público puedan hacerse oír cuando discrepen de las decisiones de los administradores oficiales." Discurso del Presidente de la República, Álvaro Uribe Vélez, durante la instalación de la sesiones ordinarias del Congreso el 20 de julio de 2003. En: <http://www.presidencia.gov.co/sne/sne/2003/julio/20/11202003.htm>. Consultado el 20 de marzo de 2010.

31 "Y la superación de la pobreza y la construcción de equidad, la política social, es el único validador que, en un Estado de opinión, en una sociedad democrática, le da sostenibilidad en el tiempo a una acción de seguridad y a una acción de confianza inversionista. [...] Construimos el primer Túnel de la Línea, y acabamos de adjudicar el túnel ya de tránsito de vehículos, en una adjudicación transparente, en audiencia pública, como siempre ha sido el proceso de adjudicaciones de licitaciones de nuestro Gobierno, con toda la transparencia, con honradez acrisolada, y de cara al gran juez del Estado de opinión, que es la comunidad". Mensaje de Año Nuevo del Presidente Álvaro Uribe Vélez a los colombianos el 31 de diciembre de 2008. En: <http://web.presidencia.gov.co/sp/2008/diciembre/31/08312008.htm>. Consultado el 20 de marzo de 2010.

32 "Nosotros creemos que en un Estado de opinión, donde no prevalece el capricho del gobernante sino el imperio de la ley, y más allá de la misma interpretación de los jueces, lo importante es, lo superiormente importante es la opinión pública. Es fundamental para darle sostenibilidad en el largo plazo a una política de seguridad que permita que las nuevas generaciones de colombianos vivan libres de guerrilla, de paramilitares, de otras expresiones del narcotráfico", expresó el Jefe de Estado." Quinta Rendición de Cuentas sobre Derechos Humanos el 23 de febrero de 2009. En: <http://web.presidencia.gov.co/sp/2009/febrero/23/05232009.html>. Consultado el 20 de marzo de 2010.



### 2.3.2. EL EO PUEDE BASARSE EN LA OPINIÓN DE LAS MASAS MÁS QUE EN LA LEY.

El legislador formal y material se ve sustituido por la incierta y evanescente voluntad de las masas,<sup>33</sup> esto se origina en el hecho de que bajo los gobiernos de Álvaro Uribe la coexistencia prevista en la Constitución del 91 entre la democracia representativa y la democracia directa se ha convertido en un dilema, que se resuelve a favor de ésta última, y más que en ella, el Presidente ha puesto el énfasis de sus discursos en las más diversas expresiones de las masas: el electorado, la ciudadanía, el pueblo y la opinión pública son referentes constantes de sus discursos, lo cual no significa que sean los beneficiarios directos de sus proyectos. Se trata pues de un gobierno plebiscitario, no sólo porque dice confiar las más importantes decisiones a la opinión pública,<sup>34</sup> sino también en cuanto este recurso suele estar acompañado de un desplazamiento de la legitimidad y de las atribuciones de todos los órganos constituidos en 1991.<sup>35</sup>

Sabemos que el poder basado en las mayorías que rompió el modelo de orden político aristocrático hoy es sospechoso, y en su lugar o por lo menos en convergencia con él, un discurso protector de las minorías se ha instalado en las democracias occidentales.<sup>36</sup>

---

33 “Colombia es un Estado de leyes, pero mucho más que eso, un Estado de opinión. Aquí las leyes en su contenido no las determina el Presidente, difícilmente el Congreso, las determina la opinión” Ceremonia militar que se llevó a cabo en la Escuela de Cadetes José María Córdoba de Bogotá el 22 de mayo de 2009. En: <http://web.presidencia.gov.co/sp/2009/mayo/22/07222009.html>. Consultado el 20 de marzo de 2010.

34 “En un país que representa un Estado de opinión, que tipifica un estado donde lo fundamental es el pensamiento y la expresión de la ciudadanía, una política de seguridad sólo es sostenible en la medida que tenga ese respaldo ciudadano.” Ascenso de oficiales de la Armada Nacional el 2 de diciembre de 2005. En: [http://www.presidencia.gov.co/prensa\\_new/discursos/discursos2005/diciembre/gradosarmada.htm](http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/discursos/discursos2005/diciembre/gradosarmada.htm). Consultado el 20 de marzo de 2010.

En el mismo sentido: “... en un Estado cuya marcha es determinada por la ciudadanía, en un Estado de Derecho comprometido con la máxima expresión del Estado de Derecho que es el más elevado nivel de participación de opinión pública, la política de seguridad todos los días requiere más credibilidad de opinión.” Palabras del Presidente Álvaro Uribe en la Rendición de Cuentas de Derechos Humanos el 21 de diciembre de 2009. En: <http://web.presidencia.gov.co/sp/2009/diciembre/21/06212009.html>. Consultado el 20 de marzo de 2010.

35 “En un Estado de opinión como el nuestro, finalmente el único validador es el pueblo, y el pueblo validará la Seguridad Democrática y la confianza inversionista, si van llegando los resultados sociales.” Palabras del Presidente Uribe en la presentación de ‘Colombia es Pasión’ en Washington el 20 de septiembre de 2008. En: <http://web.presidencia.gov.co/sp/2008/septiembre/20/12202008.html>. Consultado el 20 de marzo de 2010.

36 Autores tan enfrentados como Kelsen y Schmitt, desde perspectivas muy diferentes, han escrito pasajes sumamente críticos con la democracia mayoritaria. Kelsen sostiene que “[s]i el principio mayoritario deriva exclusivamente de la idea de igualdad [sin tomar en cuenta también la libertad], tiene un carácter mecánico y falto de sentido, como le reprochan los partidarios de la autocracia. Sería la fórmula deciente del hecho brutal de que los más son más fuertes que los menos [...] Pero el principio de mayorías responde aún en otro sentido a la idea de la libertad política (no de la libertad natural), pues la mayoría presupone, por concepto, una minoría, y el derecho de aquélla implica la licitud de la existencia de ésta.” KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado* (1925). Traducida por Luis Legaz y Lacambra y

Tal como lo advierte el profesor Chinchilla, "la mayoría no existe",<sup>37</sup> y en rigor no se puede hablar de opinión pública sino de "opiniones en plural, porque en el universal político no hay espacio para una sola verdad política, para una epistemocracia".<sup>38</sup>

Así mismo, la experiencia de los totalitarismos de izquierda y derecha, de los gobiernos autoritarios, de las dictaduras latinoamericanas, y de algunos gobiernos contemporáneos, ha enseñado que la opinión pública no es el observador democrático romantizado, aquel capaz de proyectar una luz de verdad sobre las tinieblas del poder,<sup>39</sup> sobre los *arcana imperii*, sino que es susceptible de ser orientada y manipulada, ya no sólo por la ignorancia y el conformismo que en ella veían autores como Constant, Tocqueville<sup>40</sup> o Mill, sino porque actualmente el más estrecho maridaje entre gobiernos, élites políticas y grupos económicos la fabrican a su antojo. Más que opinión pública, se trata del reflejo de la propaganda emitida de manera deliberada por el poder para su propio servicio.

- 
- edición y estudio preliminar a cargo de José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2002, pp. 526-527. Por su parte, Schmitt advierte que "[s]i se suprime el presupuesto de la homogeneidad nacional indivisible [propia del liberalismo], entonces el funcionalismo sin objeto ni contenido, resultante de la verificación puramente aritmética de la mayoría, excluirá toda neutralidad y toda objetividad; será tan sólo el despotismo de una mayoría cuantitativamente mayor o menor sobre la minoría vencida en el escrutinio y, por tanto, subyugada." SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad* (1932). Traducción de José Díaz García. Madrid: Aguilar, 1971. p. 42-43.
- 37 CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí. *La mayoría no existe. Reglas cuantitativas de la democracia*. Medellín: Universidad de Antioquia, 2003. 39 p.
- 38 MATEUCCI, Nicola. "Opinión pública". En: BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola y PASQUINO, Gianfranco (Dir.), *Diccionario de Política*. Décima edición en español. Madrid: Siglo XXI, 1997. p. 1075
- 39 En palabras de Michel Foucault: "Es la ilusión de casi todos los reformadores del siglo XVIII que han concedido a la opinión un poder considerable. Puesto que la opinión necesariamente era buena por ser la conciencia inmediata del cuerpo social entero, los reformadores creyeron que las gentes se harían virtuosas por el hecho de ser observadas. La opinión era para ellos como la reactualización espontánea del contrato. Desconocían las condiciones reales de la opinión, los 'media', una materialidad que está aprisionada en los mecanismos de la economía y del poder bajo la forma de la prensa, de la edición, y más tarde del cine y de la televisión [...] Y que esos media estarían necesariamente dirigidos por intereses económico-políticos. No percibieron [los reformadores] los componentes materiales y económicos de la opinión. Creyeron que la opinión sería justa por naturaleza, que se extendería por sí misma, y que sería una especie de vigilancia democrática. En el fondo, es el periodismo –innovación capital del siglo XIX- el que ha puesto de manifiesto el carácter utópico de toda esta política de la mirada." FOUCAULT, Michel. *El ojo del poder. Entrevista con Michel Foucault* (Versión electrónica). En: BENTHAM, Jeremías. *El panóptico*. Traducido por Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría. Barcelona: La Piqueta, 1980, p. 9-10
- 40 Con la agudeza que le fue propia, Tocqueville oponía mayorías a opinión pública, y pensaba que las mayorías eran un peligro para la libertad de opinión pública. Así: "... en Norteamérica, la mayoría levanta una barrera formidable en torno a la libertad de opinión." Citado por DAVISON, Phillips. "Opinión pública". En: *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, Tomo 7. Madrid: Aguilar, 1975. p. 457

### 2.3.3. EL EO SUBORDINA LOS CONTROLES INSTITUCIONALES AL CONTROL DE OPINIÓN.

Para el primer mandatario, el EO representa la evolución más encumbrada del sistema de controles en un ED, en la medida en que mantiene la estructura de los controles más perfecta, pero agrega, por voluntad presidencial,<sup>41</sup> el control popular en la gestión de las diferentes actividades gubernamentales. Esto no es del todo cierto, pues en algunos discursos ha sido explícito en señalar que el control de opinión es superior y más eficaz que todo control institucional existente,<sup>42</sup> y en esa medida resta legitimidad y pone en duda la legalidad y validez de las funciones que cumplen los verdaderos controles constitucionales, de los cuales apenas reconoce que son respetables.<sup>43</sup> Según el alto funcionario, el EO incluso sirve para impedir el desborde de cualquier poder estatal con lo cual se constituye en la pieza clave para lograr el equilibrio entre las tres ramas del poder público,<sup>44</sup> sólo que ese control se encuentra bajo el poder del propio jefe de gobierno. Según todo lo dicho, el EO es un Estado con controles institucionales sujetos a las decisiones populares de los consejos comunitarios.<sup>45</sup>

- 
- 41 “En Colombia nosotros agregamos un control al cual le asignamos la mayor importancia: el control de opinión. Un Estado de opinión con creciente participación ciudadana. Eso es un factor muy importante de generación de confianza. En transparencia, confianza, en la relaciones de los inversionistas con el Estado. En las relaciones de los inversionistas con la comunidad, solidaridad, construcción de confianza. Hemos visto recientemente las protestas de las comunidades del departamento del Cesar porque consideran que ha faltado solidaridad en empresas extractoras de carbón.” Palabras del presidente Uribe en foro de la revista *The Economist* el 24 de Mayo de 2007. En: <http://web.presidencia.gov.co/discursos/discursos2007/mayo/revista.htm>. Consultado el 20 de marzo de 2010.
- 42 “En la evolución del Estado de Derecho, un día se dijo: es el Estado de los controles. Y entonces paulatinamente se fue creando lo que llamamos hoy la cadena de controles. Las contralorías a cargo del control fiscal, las procuradurías a cargo del control disciplinario y del control administrativo. Los congresos, las asambleas y los concejos a cargo del control político. Pero por encima de todo, está el control popular. Nuestro Estado es un estado de opinión.” Palabras del Presidente Álvaro Uribe durante la celebración del aniversario de la Policía Nacional el 12 de noviembre de 2008. En: <http://web.presidencia.gov.co/sp/2008/noviembre/12/06122008.html>. Consultado el 20 de marzo de 2010.
- 43 “Nosotros creemos que en el Estado de Derecho, el control de opinión está por encima de los otros controles. Respetable el control fiscal de las contralorías, el administrativo y disciplinario de las procuradurías, el político de los congresos, las asambleas y los concejos, pero el más eficaz es el control de opinión en un Estado de Opinión.” Palabras del Presidente Álvaro Uribe al instalar el Congreso Nacional de Infraestructura en Cartagena el 20 de noviembre de 2008. En: <http://web.presidencia.gov.co/sp/2008/noviembre/20/11202008.html>. Consultado el 20 de marzo de 2010.
- 44 “Estado de Opinión es la muralla que ataja el desbordamiento de cualquier poder; el equilibrio entre el obligatorio cumplimiento de las sentencias de los jueces y la libertad de controvertirlas; y la fuente del principio de debate a las decisiones legislativas sin penalizarlas”. Palabras del Presidente Álvaro Uribe Vélez durante la ceremonia de instalación del Congreso de la República el 20 de julio de 2009. En: <http://web.presidencia.gov.co/sp/2009/julio/20/15202009.html>. Consultado el 20 de marzo de 2010.
- 45 “Todo ese proceso es muy importante, todos esos controles son necesarios. Pero finalmente el mejor de los controles es la participación de opinión pública. No creo, como algunos malinterpretan nuestro concepto

Esta potenciación del control de la opinión pública, que la coloca muy cerca de ser la "verdadera constitución del estado", para retomar al Rousseau del *Contrato social*, citado al efecto por Mateucci,<sup>46</sup> da la clave para comprender la refundación silenciosa y tácita del Estado adelantada desde los discursos por el presidente Uribe. Una opinión pública que le es sumamente favorable, si se consideran las encuestas, y que quizá por ello le inspira la confianza de leer, en sus manifestaciones orientadas desde el gobierno, las claves para redefinir el orden constitucional mismo.

Pero debe tomarse en cuenta que el Presidente no se refiere a esta "opinión pública", romantizada y favorable, cuando las muchedumbres se manifiestan claramente en contra de las medidas gubernamentales: las protestas de decenas de miles de colombianos contra las medidas tomadas por el Presidente Uribe contra DMG, las manifestaciones de las marchas cocaleras, las peticiones de miles de personas a favor de una salida negociada al conflicto armado, o aquellas contra el rescate militar de las personas que se encuentran en poder de la guerrilla. En tales casos, como en muchos otros similares, el Presidente Uribe nunca se refirió a los manifestantes como la opinión pública, el pueblo, las mayorías, etc. Siempre les trató como sospechosos o criminales. Todo ello lleva a pensar que para el Presidente Uribe la opinión pública es la *buena* opinión pública en el sentido de que coincida con las políticas gubernamentales, es decir, en cuanto se encuentre en estado de convergencia con las perspectivas del gobernante, y en último término, en tanto no sea crítica.

#### 2.3.4. EL EO PUEDE DESCONTAR LA IMPORTANCIA DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN CRÍTICOS DEL GOBIERNO Y, EN CABEZA DE ÁLVARO URIBE, TOMAR LA VOCERÍA INTERPRETATIVA DE LOS HECHOS.

En la búsqueda del unanimismo mediático, el Presidente ha intentado la extensión del EO al control de los medios de comunicación, de tal modo que los medios deben alinearse con las perspectivas interpretativas del gobierno o quedan sujetos a la censura de la opinión pública expresada en fugaces consejos comunitarios y orquestada por el mandatario y su equipo de asesores, para quienes la libertad de prensa tiene como contrapoder otra libertad de crítica, pero insólitamente locali-

---

de Estado de Opinión, que la participación de la opinión pública pueda derogar los otros controles. Pero la participación de la opinión pública sí se tiene que sumar a todos los otros controles y se convierte en el control de los controles." Palabras del Presidente Álvaro Uribe durante encuentro con la comunidad residente en Boston, Estados Unidos el 26 de septiembre de 2009. En: [http://web.presidencia.gov.co/discursos/discursos2009/septiembre/seguridad\\_30092009.html](http://web.presidencia.gov.co/discursos/discursos2009/septiembre/seguridad_30092009.html)[http://www.presidencia.gov.co/prensa\\_new/sne/2006/febrero/23/15232006.htm](http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/sne/2006/febrero/23/15232006.htm). Consultado el 20 de marzo de 2010.

46 MATEUCCI, Nicola. Op cit., p. 1076

zada en el gobierno que, en cualquier ED, sería el objeto sometido al control.<sup>47</sup> Más aún, la labor de información y crítica periodística pareciera casi sospechosa e ilegal, pues la vocería de las verdades debe quedar circunscrita y monopolizada por el gobierno.<sup>48</sup>

Aunque puede decirse que en términos generales en Colombia los más influyentes medios masivos de información respaldan al presidente Uribe, y con ello han contribuido a crear su extraordinaria y sostenida legitimidad que se manifiesta en esa opinión pública en la que él mandatario confía, puede notarse que en sus alocuciones él prefiere a las masas, pues algún espíritu crítico sobrevive en ciertos medios, columnistas y periodistas, de tal modo que mantenerlos alineados no siempre es fácil.

### 2.3.5. EN EL EO LA OPINIÓN PÚBLICA ES “SENSATA” E “ILIMITADA”.

Se trata de dos afirmaciones relacionadas pero muy diferentes: en primer lugar, Uribe afirma sin ambages que la opinión pública carece de límites,<sup>49</sup> lo cual no puede significar otra cosa sino que puede opinar sobre cualquier tema, incluso “esencial”,<sup>50</sup> y especialmente decidir sobre el mismo, sin atender a los cuidados que

---

47 “Estado de Opinión [...] es garantía de la libertad de prensa y de su contrapeso, que es la libertad del ciudadano y del Gobierno frente a los medios de comunicación.” Palabras del Presidente Álvaro Uribe Vélez, durante la ceremonia de instalación del Congreso de la República el 20 de julio de 2009. En: <http://web.presidencia.gov.co/sp/2009/julio/20/15202009.html>. Consultado el 20 de marzo de 2010.

48 “Deploro que se haya informado a la opinión pública tarde. Si bien fue informado por los altos mandos que se empezaron a tomar medidas desde el momento en que ellos conocieron, ya hay gente que tiene medida de aseguramiento, otros están desvinculados, etc, en un Estado de opinión estas cosas hay que comunicárselas oportunamente a la opinión. Desde que empezó este Gobierno le he dicho a la Fuerza Pública: contemos con incurable buena fe nuestros errores y vicisitudes. Cuando yo he conocido oportunamente esos errores he sido el primero en transmitirlos a la ciudadanía. La Fuerza Pública y el Gobierno en el Estado de opinión tiene que anticiparse con la verdad, no esperar que vengan los medios de comunicación con ganzá para publicar que fue lo que realmente ocurrió.” Declaración del presidente Uribe sobre los hechos del batallón patriotas, en Tolima el 20 de febrero de 2006 En: <http://www.presidencia.gov.co/sne/2006/febrero/20/05202006.htm>. Consultado el 20 de marzo de 2010.

49 “En mi concepto, es la participación de opinión lo que distingue el nuevo concepto de Estado de Derecho, el Estado de Opinión. Una participación de opinión vigorosa, ilimitada, plural, que pueda expresarse desde todas las canteras del pensamiento y en todos los momentos, a lo cual contribuyen tareas académicas como la de la Fundación Universitaria Los Libertadores, que es lo que finalmente reivindica al Estado de Derecho en esa acepción moderna el Estado de Opinión.” Entrega al presidente Uribe del doctorado honoris causa en comunicación social y periodismo otorgado por la universidad los libertadores el 11 de abril de 2007. En: [http://www.presidencia.gov.co/prensa\\_new/discursos/discursos2007/abril/libertadores.htm](http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/discursos/discursos2007/abril/libertadores.htm). Consultado el 20 de marzo de 2010.

50 “...es un referendo para que un Estado de Derecho –que finalmente es un Estado de opinión- a través de su constituyente primario, que es su Estado, a través de su pueblo tome decisiones esenciales [...]” Foro Colombia pyme: por un país de empresarios el 13 de noviembre de 2002. En:

son propios de una teoría constitucional moderna y especialmente contemporánea respecto del necesario control de mayorías, de la muchedumbre y del electorado, a fin de evitar las decisiones sobre temas para los cuales el criterio estrictamente numérico es sumamente peligroso.

En segundo lugar, que el Presidente asuma que la opinión pública es sensata, estable y ponderada<sup>51</sup> es una de las más notorias insensateces escuchadas bajo su gobierno, pues si algo caracteriza a la opinión pública es su falta de ponderación, su condición efímera y su perspectiva coyuntural y manifestada en caliente: llevada al extremo, incluso, puede llegar al linchamiento. Mateucci subraya como elementos definidores de la opinión pública que “...siempre es opinable, cambia con el tiempo y puede ser objeto de disensión...”.<sup>52</sup> La relación que el gobernante plantea entre la falta de límites y la sensatez es peligrosa en un ED, pues permite sostener que una opinión pública puede ocuparse de todos los temas y decidir sobre cada uno de ellos sin ningún tipo de freno.

### 2.3.6. BAJO EL EO EL PRESIDENTE URIBE ES EL LÍDER CAPAZ DE IDENTIFICAR E INTERPRETAR LA VOLUNTAD POPULAR.

A la manera de los gobiernos personalistas –que descuentan, deslegitiman o persiguen a las demás autoridades o cuerpos intermedios, y que prefieren gobernar sin estructura descentralizadora, sin partidos independientes y sin una sociedad civil crítica- es el gobernante, en su persona, quien está revestido de las facultades extraordinarias para conocer la voluntad popular e interpretarla.<sup>53</sup> Esa voluntad

---

[http://www.presidencia.gov.co/prensa\\_new/discursos/discursos2002/noviembre/foro\\_pyme.htm](http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/discursos/discursos2002/noviembre/foro_pyme.htm). Consultado el 20 de marzo de 2010.

51 “La independencia de ramas de poder público, en mi concepto, es un instrumento necesario para que funcione el Estado de opinión, finalmente la opinión, es más sensata que los altibajos que se presentan entre la mañana y la tarde. La opinión finalmente es una opinión que se expresa más por factores de credibilidad que por elementos emotivos de corto plazo. Y un factor esencial de credibilidad, es un Estado capaz de evitar desbordamientos sustentado sobre ramas independientes del poder público.” **Palabras del Presidente en -La Cátedra Colombia-** el 7 de mayo de 2007. En: [http://www.presidencia.gov.co/prensa\\_new/sne/2007/mayo/07/05072007.html](http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/sne/2007/mayo/07/05072007.html). Consultado el 20 de marzo de 2010.

52 MATEUCCI, Nicola. Op. Cit., p. 1075

53 “Sabemos que es lo fundamental que en un Estado de opinión, de gobiernos elegidos, de instituciones independientes donde fundamentalmente y exclusivamente impera la regla democrática, es esencial la voluntad política. La voluntad política es el mecanismo de transmisión del deseo del pueblo a través de sus gobernantes a las Fuerzas Armadas de la Nación. El gobernante es un medio que al recibir el mandato popular, recibe también la orden de que en él se dé la voluntad política interpretando al pueblo y la transmita a las instituciones armadas de la Nación.” Palabras del presidente Uribe en la celebración del día del Ejército Nacional el 2 de agosto de 2005. En: <http://www.presidencia.gov.co/sne/2005/agosto/02/08022005.htm>. Consultado el 20 de marzo de 2010.

popular puede ser una abstracción, un sustrato, pero también algo intangible, que a veces puede coincidir con el electorado o con los consejos comunitarios.<sup>54</sup> En cualquier caso, el EC y el EO tienen prefijados unos contenidos que no permiten mayor diversidad en la proclamada opinión pública, pues las temáticas a las que se refiere son en cierto sentido precisas o delimitadas, pues el Presidente Uribe rara vez ha utilizado ambas figuras para referirse a cosas distintas a la seguridad democrática, la confianza inversionista y la transparencia en la lucha de las Fuerzas Armadas en el marco del conflicto armado interno.<sup>55</sup>

Es comprensible que sean precisamente los modelos de gobierno personalistas -aquellos que tienden a borrar las diferencias entre el gobernante y los gobernados, o en términos más amplios, entre Estado y sociedad civil- los que más recurran a la opinión pública para legitimarse y legitimar sus decisiones, porque la opinión pública es un fenómeno moderno en cuanto su aparición requiere de que exista una clara separación entre Estado y sociedad. Esto es así porque la opinión pública existe para controlar los gobiernos, y no para ser instada y gobernada por los gobernantes.<sup>56</sup> Los frecuentes llamados del Presidente a la unidad de las instituciones, del pueblo, de los partidos, de la iglesia católica, son una peligrosa expresión de las prácticas autoritarias que disuelven la sociedad en el Estado, y más que en éste, en el gobierno, y más aún en su persona.

La pérdida de importancia de los canales institucionales que concretan el modelo de democracia representativa y de descentralización territorial, suele ser tenida como otro de los rasgos que son propios de las formas de gobierno autoritarias, personalistas y recentralizadoras.<sup>57</sup> El gobierno nacional o el líder mismo, sobrepone todo su poder al de las autoridades regionales y locales, para las que su mejor oportunidad de entrar en contacto directo con el pueblo es si se asocian con el líder mayoritario y nacional para participar de su legitimidad. Esos canales institucionales resultan desplazados o usados por el proyecto gubernamental.

---

54 “Los Consejos Comunitarios que se realizan en el territorio nacional, son una manifestación concreta de esta concepción”. Informe al Congreso 2003 Álvaro Uribe Vélez. En: [http://www.presidencia.gov.co/prensa\\_new/documentos/informe\\_congreso03doc.htm](http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/documentos/informe_congreso03doc.htm). Consultado el 20 de marzo de 2010.

55 Dijo el presidente: “la realización del Estado comunitario, pasa por tres temas fundamentales con los cuales está comprometido el Gobierno Nacional: -La seguridad democrática, La lucha contra la corrupción y la politiquería, La reactivación económica y social” Informe al Congreso 2003 Álvaro Uribe Vélez. En: [http://www.presidencia.gov.co/prensa\\_new/documentos/informe\\_congreso03doc.htm](http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/documentos/informe_congreso03doc.htm). Consultado el 20 de marzo de 2010.

56 MATEUCCI, Nicola., Op. Cit., p. 1075

57 En palabras de Plazas Vega, se trata de “[u]n centralismo que anula o interrumpe los procesos autonómicos, federales, regionales o descentralistas, de manera concurrente y acorde con la concentración del poder en el caudillo, el grupo o el partido del gobierno.” Cfr. Plazas Vega, Mauricio, *ibid.*, p. 183

### 2.3.7. OTROS PROBLEMAS RELATIVOS A LA CONTRADICCIÓN CON EL ESD.

El registro de las alocuciones presidenciales da cuenta de otras expresiones que sugieren perspectivas gubernamentales que suponen una amenaza o violación de ciertos preceptos o principios constitucionales. Se mencionan dos de ellas:

En primer término, en algunos de los discursos Álvaro Uribe trata a los gobernados como menores de edad. Según Aristóteles, esta es una de las formas más reprochables de la relación de poder cuando se la convierte en una forma de gobierno. Dice el gobernante: “[p]or supuesto que hay que continuar en una gran pedagogía. En esta Patria nuestra, también se creyó que ese valor democrático que es la seguridad se excluía con los otros valores democráticos, como las libertades, la tolerancia, el respeto al pluralismo, a la libertad de prensa; aquí se desorientó muchas generaciones, se les dijo: para que ustedes sean activistas de la democracia, tienen que ser tolerantes con los violentos, que desorientación.”<sup>58</sup>

En segundo término, en alguna ocasión, el mandatario redujo la significativa complejidad religiosa del pueblo colombiano, a la mayoría católica –“cristiana”, en palabras del mandatario-, y vinculándola con ciertas intenciones políticas, borró de un trazo el pluralismo religioso reconocido en la Constitución y defendido en diversas ocasiones por la Corte Constitucional. Sostiene el jefe de Estado que: “[d] errorrar 30 mil terroristas no es tarea fácil. Necesita un proceso sostenido de años. Y ese proceso, en un Estado de opinión, no se mantiene sino en la medida que tenga respaldo el sentimiento popular. Y el sentimiento popular del pueblo colombiano es democrático. Es un sentimiento cristiano y solidario, que nos exige acatar los derechos humanos.”<sup>59</sup>

La cristiandad democrática como base del Estado de opinión, es un retorno a ciertas experiencias de los Estados confesionales, y en un sentido más amplio y lejano, a la indistinción entre moral y derecho, aquella que sí se separa con toda claridad en John Locke, en su *Ensayo sobre el entendimiento humano*,<sup>60</sup> en el cual considera que a la opinión pública le corresponde la censura moral, de lo virtuoso y lo vicioso, mientras que a la ley civil le corresponde determinar lo legal y lo ilegal. Una cruzada

---

58 Graduación de oficiales en Bogotá el 2 de diciembre de 2005. En: [http://www.presidencia.gov.co/prensa\\_new/discursos/discursos2005/diciembre/graduacion.htm](http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/discursos/discursos2005/diciembre/graduacion.htm). Consultado el 20 de marzo de 2010.

59 Foro Económico de la Asociación Federal de Empresarios, Industriales y Comerciantes de Alemania el 12 de febrero de 2004. En: [http://www.presidencia.gov.co/prensa\\_new/discursos/discursos2004/febrero/foro\\_economico.htm](http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/discursos/discursos2004/febrero/foro_economico.htm). Consultado el 20 de marzo de 2010.

60 LOCKE, John. *Ensayo sobre el entendimiento humano*. México: Fondo de Cultura Económica, 1956. 828 p.



cristiano democrática<sup>61</sup> que borra el pluralismo y reduce todo el pueblo colombiano a la particular fe del dirigente.

**2.3.8. UNA ÚLTIMA DIMENSIÓN DE LOS DOS TIPOS DE ESTADO A LOS QUE SE REFIERE EL PRESIDENTE URIBE, QUE CLARAMENTE CONTRASTA CON TODO LO EXPUESTO HASTA AQUÍ, ES QUE INCLUSO PUEDEN AJUSTARSE AL ED, Y MÁS AUN, MANTENER UN TONO CRÍTICO RESPECTO DE DIFERENTES SITUACIONES POLÉMICAS.**

Un primer ejemplo, es la reacción del presidente con respecto a la Sentencia de Constitucionalidad 141 de 2010, expedida por la Corte Constitucional, que declaró inexecutable la ley mediante la cual se convocaba al pueblo para decidir acerca de la segunda reelección presidencial. En este caso, ya con el fallo en firme en su contra, el jefe de gobierno declaró que el "... Estado de Opinión es una expresión del Estado de Derecho. No es una oposición al Estado de Derecho. El Estado de Opinión, como elemento del Estado de Derecho, tiene que respetar la ley, tiene que respetar la Constitución. La participación de los ciudadanos no puede ser contraria a la ley, no puede ser contraria a la Constitución. Entonces ahí entra otro elemento fundamental del Estado de Derecho: la justicia, los órganos de control, ellos tienen que decir si esa participación se ajusta o no se ajusta a la ley y a la Constitución."<sup>62</sup> Este ajuste al modelo de Estado constitucional no es consistente con sus declaraciones sostenidas durante los 7 años previos, pues en esta declaración la opinión pública se encuentra sometida a los controles y claramente por debajo de las decisiones judiciales.

Un segundo ejemplo, es su doble crítica contra el Estado social por sus rasgos burocráticos, y contra el modelo neoliberal por exacerbar las precarias condiciones económicas de las personas situadas en circunstancias de pobreza. Al respecto, Uribe deja en claro que "[e]l Estado burocrático y politiquero ha engañado al pueblo con un discurso social que no ha cumplido, porque los recursos se han ido en cliente-

---

61 La convergencia entre religión, autoritarismo y democracia plebiscitaria tienen como una de sus más deslumbrantes y peligrosas fuentes el pensamiento de Carl Schmitt, conocido por estos y otros aportes similares como "la joya de la corona nazi". Al efecto véase su texto: SCHMITT, Carl. *Catolicismo y forma política* (1923). Madrid: Tecnos, 2000. 50 p.; SCHMITT, Carl. *El "führer" defiende el derecho. El discurso de Hitler ante el Reichstag del 13 de julio de 1934* (1934). Traducción de Angelika Scherp. En: ZARKA, Yves-Charles. *Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt. La justificación de las leyes de Nuremberg de 15 de septiembre de 1935*. Barcelona: Anthropos, 2007. p. 87-94

62 Declaración del Presidente de la República, Álvaro Uribe Vélez, emitida desde Barranquilla sobre la sentencia de la Corte Constitucional el 26 de febrero de 2010. En: <http://web.presidencia.gov.co/sp/2010/febrero/26/16262010.html>. Consultado el 20 de marzo de 2010.

lismo y corrupción. El modelo Neoliberal ha abandonado lo social a la suerte del mercado, con lo cual aumentan la miseria y la injusticia social. Como alternativa al Estado burocrático y a la utopía neoliberal hemos propuesto el Estado comunitario. El eje central del Estado comunitario es la participación ciudadana. ¡Participación en la definición, en la ejecución y en la vigilancia de las tareas públicas! El Estado comunitario es un Estado de opinión...<sup>63</sup>

Por último, vale como ejemplo el de la insistencia pública en depurar el cumplimiento de las funciones de las Fuerzas Armadas en desarrollo de su política de seguridad democrática. Estas declaraciones suelen ser presentadas en términos de transparencia, entendida como un pilar de la seguridad democrática, para luchar contra los enemigos del Estado. Aunque al parecer el Gobierno Uribe está lejos de cumplir a cabalidad con las disposiciones internacionales y nacionales relativas a la lucha armada, dentro de un marco de respeto por el Derecho Internacional Humanitario, sus declaraciones parecen demostrar lo contrario, si bien reconoce que combatir dentro del marco del derecho es un reto difícil de superar. Sin embargo, y esta es la más importante crítica, el Presidente señala que en busca de la seguridad, las dictaduras de izquierda y derecha de América Latina, suprimieron las libertades: "...nosotros hemos venido trabajando la construcción de confianza con la Seguridad Democrática. La denominación "democrática" es muy importante, profesor Porter, porque con ello hemos querido diferenciar nuestro significado de seguridad con lo que fue la seguridad nacional que recogió América Latina, que, en nombre de la seguridad, finalmente premió dictaduras, suprimió libertades, se utilizó la seguridad para perseguir el disenso. La nuestra es profundamente democrática, y es la única manera de hacerla sostenible, como lo requieren las circunstancias colombianas, en Estados que son hoy Estados de Opinión. Una cosa es adelantar un modelo de seguridad en una dictadura y otra cosa es adelantarlo y hacerlo sostenible en un Estado de Opinión."<sup>64</sup>

Hasta aquí esta panorámica comentada de los usos discursivos del EC y el EO durante los dos gobiernos del presidente Uribe. En términos generales puede decirse

---

63 Informe al Congreso 2003 Álvaro Uribe Vélez. En: [http://www.presidencia.gov.co/prensa\\_new/documentos/informe\\_congreso03doc.htm](http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/documentos/informe_congreso03doc.htm). Consultado el 20 de marzo de 2010.

64 Palabras del presidente Uribe al intervenir en el taller "misión: competitividad" el 21 de octubre de 2005. En: <http://www.presidencia.gov.co/sne/2005/octubre/21/11212005.htm>. Consultado el 20 de marzo de 2010.

En el mismo sentido, véase: "De victoria parcial en victoria parcial, vamos construyendo ese ánimo colectivo de sostenibilidad para llegar a la victoria final. Y esa sostenibilidad tiene que darse también con transparencia. La eficacia tiene que ir de la mano de la transparencia, porque en un Estado de opinión si no hay transparencia se pierden los efectos de las victorias de las fuerzas institucionales." 96 Aniversario de la Escuela Superior de Guerra Cátedra magistral el 4 de mayo de 2005. En: [http://www.presidencia.gov.co/prensa\\_new/discursos/discursos2005/mayo/u\\_militar.htm](http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/discursos/discursos2005/mayo/u_militar.htm). Consultado el 20 de marzo de 2010.

que ambos tipos de Estado se encuentran emparentados si no es que significan lo mismo: se trata de un gobierno tendencialmente personalista, que recurre a los consejos comunitarios como la expresión concreta de la opinión pública, encaminados a restarles fuerzas a los órganos del Estado cuya función constitucional es la de limitar el gobierno, y cuyo objetivo final es el de sustituir las formas de democracia representativa por manifestaciones masivas favorables a las concepciones gubernamentales, cuyas decisiones pueden violar flagrantemente el orden jurídico.

### 3. ANOTACIONES FINALES

Como reflexión final, y retomando como paradigma del EC y del EO el discurso en el que el presidente Uribe exhorta a la muchedumbre a llevar a cabo un linchamiento contra los corruptos, puede constatarse que en aquella ocasión se perfilaron claramente algunos de sus componentes: exhortación a la muchedumbre efectuada de modo directo por el líder que hace las veces de un juez sumario que ordena directamente la ejecución, como una interpretación del sentir popular, referida a una flagrante violación del derecho a la vida de los gobernados, con ausencia total de controles por parte de los organismos competentes y sin mayor reacción por parte de los medios de comunicación. Así, pues, el líder se ha convertido en juez absoluto, porque “[e]l auténtico líder siempre es también juez. De su capacidad de líder deriva su capacidad de juez”.<sup>65</sup>

Dada esta transfiguración cabe indagarse entonces si en efecto el EC y el EO son el “grado superior” del Estado de derecho. Sin duda esto no es cierto, pues el ED parece ser una forma de organización del poder político que en efecto está destinada a limitar el poder del gobernante y no a desbordarlo, y esto es preferible a la violencia del personalismo presidencial: “[e]l Estado, se señala, es el monopolio legítimo de la violencia (Weber); para que sea tal (legítimo) ha de tratarse, por lo tanto, de una fuerza, de una coacción, de una violencia de ese modo producida y regulada en el ED. El Estado no puede, no debe, de ningún modo, responder al delito con el delito, a la violación de la ley por el delincuente con la violación de la ley por el gobernante o sus representantes: se convertiría así en un Estado delincuente”.<sup>66</sup>

Sin embargo, una de las diferencias entre el gobierno de las leyes y el gobierno de los hombres, radica en que bajo el gobierno de las leyes los fines y los medios están definidos por el orden jurídico y no por el gobernante, mientras que bajo el

---

65 SCHMITT, Carl. *El “führer”...*, op. p. 89

66 DÍAZ, Elías. Op. Cit., p. 67

gobierno de los hombres, las leyes se encuentran a disposición de los caprichos personales del gobernante, y en ese caso es el líder quien determina cuáles son los fines del orden político y cuáles los medios para alcanzarlos. En tales condiciones, las leyes sólo son instrumentos a su disposición que se usan según las necesidades gubernamentales. En tal caso es el principio de autoridad y no el de libertad el que orienta las relaciones entre gobernante y gobernados.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

- ATEHORTÚA, Adolfo. *Las banderas del presidente Uribe: estado comunitario, seguridad democrática, revolución educativa*. Ciudad: La Carreta Editores, Universidad de Texas, 2007. 136 p.
- BOLÍVAR, Ingrid Johanna. *Discursos emocionales y experiencias de la política. Las Farc y las Auc en los procesos de negociación del conflicto (1998-2005)*. Bogotá: Uniandes y Cesó, 2006. 220 p.
- CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí. *La mayoría no existe. Reglas cuantitativas de la democracia*. Medellín: Universidad de Antioquia, 2003. 39 p.
- DAVISON, Phillips. "Opinión pública". En: Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales, Tomo 7. Madrid: Aguilar, 1975. p. 457
- DÍAZ, Elías. "Estado de derecho" En: DÍAZ, Elías y RUÍZ MIGUEL, Alfonso. *Filosofía Política II. Teoría del Estado*. Madrid: Trotta, 1996., p. 63-82.
- FOUCAULT, Michel. *El ojo del poder. Entrevista con Michel Foucault* (Versión electrónica). En: BENTHAM, Jeremías. *El panóptico*. Traducido por Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría. Barcelona: La Piqueta, 1980, p. 9-10
- GAVIRIA, José Obdulio. *Corte constitucional y doctrina comunitaria*. En: MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. *Corte Constitucional y Estado comunitario*. Medellín: Universidad de Medellín, 2010, cap. 1
- KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado* (1925). Traducida por Luis Legaz y Lacambra y edición y estudio preliminar a cargo de José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2002, pp. 526-527.
- LOCKE, John. *Ensayo sobre el entendimiento humano*. México: Fondo de Cultura Económica, 1956. 828 p.
- MAHIEU, Jacques de. *El Estado comunitario*. Barcelona: Nueva República, 2002. 160 p.
- MATEUCCI, Nicola. "Opinión pública". En: BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola y PASQUINO, Gianfranco (Dir.), *Diccionario de Política*. Décima edición en español. Madrid: Siglo XXI, 1997.p. 1075

- MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. *Corte Constitucional y Estado comunitario*. Medellín: Universidad de Medellín, 2010. 388 p.
- PLAZAS VEGA, Mauricio. En: Ideas políticas y teoría del derecho. Bogotá: Editorial Temis, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2003. p. 177
- RODRÍGUEZ, CARRERA, Roberto. *Análisis comparado entre comunitarismo y Estado Comunitario en el discurso político de Álvaro Uribe Vélez durante su primer periodo presidencial 2002 – 2006*. Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2009, 116 p.
- SÁNCHEZ, Ricardo. *Bonapartismo presidencial en Colombia: el gobierno de Álvaro Uribe Vélez*. Bogotá: Editorial Uniediciones, 2005. 189 p.
- SCHMITT, Carl. *Catolicismo y forma política* (1923). Madrid: Tecnos, 2000. 50 p.
- SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad* (1932). Traducción de José Díaz García. Madrid: Aguilar, 1971. 171 p.
- SCHMITT, Carl. *El "führer" defiende el derecho. El discurso de Hitler ante el Reichstag del 13 de julio de 1934* (1934). Traducción de Angelika Scherp. En: ZARKA, Yves-Charles. *Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt. La justificación de las leyes de Nuremberg de 15 de septiembre de 1935*. Barcelona: Anthropos, 2007. p. 87-94

[www.presidencia.gov.co](http://www.presidencia.gov.co)

[www.semana.com](http://www.semana.com).





Autora: Adriana Botero Martínez

Título: Pintando como Hopper

Técnica: Óleo sobre madera  
con intervención digital

Dimensión: 18 x 15

Año: 2005

## ***DE UNA CRÍTICA DELEUZIANA DE LOS DERECHOS HUMANOS HACÍA UNA JURISPRUDENCIA DELEUZIANA DE DERECHOS HUMANOS\****

\* El presente texto es uno de los primeros resultados producto de la investigación adelantada por el grupo POLITEIA, clasificado en la categoría B de Colciencias, adscrito a la Escuela de Filosofía de la Universidad Industrial de Santander sobre “Los derechos humanos y la filosofía política contemporánea”. El trabajo investigativo del que este artículo es producto fue realizado por el autor durante su participación en el seminario de Filosofía Continental El Problema de la Diferencia en la State University of New York – Stony Brook, bajo la dirección del Profesor Ed Casey.

Fecha de recepción: agosto 17 de 2010

Fecha de aprobación: octubre 26 de 2010

## DE UNA CRÍTICA DELEUZIANA DE LOS DERECHOS HUMANOS HACIA UNA JURISPRUDENCIA DELEUZIANA DE DERECHOS HUMANOS

*Javier Aguirre\*\**

### RESUMEN

En términos generales el tema que deseo explorar en mi artículo se refiere a la idea de Gilles Deleuze como un filósofo político y del derecho. Para esto me concentraré principalmente en los comentarios de Deleuze sobre los derechos humanos y la jurisprudencia tal y como los expone en la entrevista con Claire Parnet (*L'Abécédair*). La tesis que quiero defender es que Deleuze no es un oponente de los derechos humanos como tales sino, tan sólo, de cierta forma de concebirllos que los piensa como derechos universales, eternos, abstractos y trascendentes que pertenecen a todo el mundo y a nadie en particular.

**Palabras clave:** Deleuze, jurisprudencia, derecho, derechos humanos

### SINCE A CRITIC OF DELEUZE OF THE HUMAN RIGHTS TO A JURISPRUDENCE BASED IN THE IDEA OF HUMAN RIGHTS OF DELEUZE

### ABSTRACT

In general terms, the topic that I wish explore in my article is referred to the idea of Gilles Deleuze how a politic and of the law philosopher. For this I'm going to concentrate in the Deleuze's commentaries about human rights and the jurisprudence how he shows in the interview with Claire Parnet (*L'Abécédair*). The theory that I like defend is that Deleuze isn't opponent of the universal rights, eternal, abstract, and transcendent that belong to all world and any people in particular.

**Keywords:** Deleuze, jurisprudence, law, humans right.

---

\*\* Profesor Asistente de la Escuela de Filosofía de la Universidad Industrial de Santander. Bucaramanga – Colombia. Abogado y Filósofo de esta institución. Especialista en Docencia Universitaria, UIS. Becario Fulbright 2008. Actualmente adelanta sus estudios de doctorado en Filosofía en la Universidad Estatal de Nueva York – Stony Brook, universidad de la que ya recibió el título Master of Arts in Philosophy. Las áreas de trabajo e investigación han sido hasta el momento la Filosofía del Derecho, la Filosofía Política y la Teoría de la Argumentación. Correo electrónico: javierorlandoaguirre@gmail.com. Tel: 7-6470460.



# DE UNA CRÍTICA DELEUZIANA DE LOS DERECHOS HUMANOS HACIA UNA JURISPRUDENCIA DELEUZIANA DE DERECHOS HUMANOS

## INTRODUCCIÓN

En términos generales el tema que deseo explorar se refiere a la idea de Gilles Deleuze como un filósofo político y del derecho. Como es sabido, Deleuze fue siempre un ciudadano francés muy activo quien se vio envuelto en una gran cantidad de asuntos legales y políticos, especialmente, de acuerdo con Paul Patton, después de 1968. De este periodo en adelante, Deleuze estuvo envuelto en una gran variedad de grupos y causas sociales y políticas, como por ejemplo el *Groupe d'Information sur les Prisons* (GIF) creado por Foucault y otros en 1972, así como también protestas contra el tratamiento dado a los trabajadores inmigrantes e, igualmente, un decidido apoyo a los derechos de los homosexuales. Posteriormente, él tomó controversiales posiciones públicas en temas tales como la deportación realizada por el gobierno francés de Klauss Croissant, un abogado del grupo Baader-Meinhof y el encarcelamiento de Antonio Negri y otros intelectuales italianos acusados de ser cómplices del terrorismo. Deleuze también suscribió varios textos en apoyo al pueblo Palestino, declarando su oposición al desarrollo nuclear de Francia y criticando el que Francia se involucrara en la Guerra del Golfo<sup>1</sup>.

A pesar de todo esto, no parece tarea fácil la de ubicar la filosofía de Deleuze en los debates jurídico-políticos contemporáneos. Por esta razón, algunos intérpretes han tratado de desarrollar no tanto una filosofía política o legal deleuziana sino, en vez, una filosofía política o legal *a partir* de Deleuze. Por ejemplo, en su libro *Deleuze and the Political*, Paul Patton afirma que “it is possible to translate some of Deleuze and Guattari’s terminology into the language of Anglophone political theory. However, there is always a remainder that does not translate and a series of points at which the normative dimensions of their work do not correspond to those of Anglo-American political theory”<sup>2</sup>. De la misma forma, Alexandre Lefebvre señala, en el prefacio de su libro *The Image of Law. Deleuze, Bergson, Spinoza*,

---

1 PATTON Paul, *Deleuze and the Political*, New York: Routledge, 2000, p. 4.

2 Ibid., p. 2.

que “(...) certain concepts central to Deleuze [are] promising resources from which to theorize law, keeping in mind his injunction that to read and think with a philosopher means extending thought to new problems”<sup>3</sup>.

En el presente artículo deseo seguir el modelo de estos dos casos, aunque realizando algo de menor complejidad. Para esto me concentraré principalmente en los comentarios de Deleuze sobre los derechos humanos y la jurisprudencia tal y como los expone en la entrevista con Claire Parnet (*L'Abécédair*).

Mi artículo está dividido en cuatro secciones. Primero, presentaré una idea general de lo que se conoce como “el discurso de los derechos humanos”. Segundo, expondré las críticas radicales y, si se quiere, agresivas, realizadas por Deleuze a la noción de derechos humanos. Estas críticas las tomo de dos fuentes: por una parte, algunos pasajes de la entrevista de Deleuze con Claire Parnet (*L'Abécédair*), y, por otra, la interpretación que más de un comentarista ha hecho de Deleuze como un pensador profundamente anti-democrático. Tercero, confrontaré esta perspectiva mediante el análisis de las afirmaciones de Deleuze sobre los derechos humanos y la jurisprudencia realizadas en la mencionada entrevista, así como también en otros textos similares. La tesis que quiero defender es que Deleuze no es un oponente de los derechos humanos como tales sino, tan sólo, de cierta forma de concebirlos que los piensa como derechos universales, eternos, abstractos y trascendentes que pertenecen a todo el mundo y a nadie en particular. Finalmente, en la cuarta sección de mi artículo presentaré algunas conclusiones de todo lo anterior.

## 1. EL DISCURSO DE LOS DERECHOS HUMANOS

En el siglo pasado fueron creadas una gran variedad de instituciones que proclamaron como su principio común el respeto absoluto por la dignidad humana. Organizaciones Internacionales, tanto a nivel regional (OEA) como a nivel universal (ONU), cortes internacionales de justicia (la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Corte Penal Internacional), cientos de Declaraciones y Convenciones (para la mujer, los refugiados, los niños, los indígenas, etc.) son tan sólo unos pocos ejemplos de este amplio fenómeno.

A la par con lo anterior, en los últimos años, tanto en Colombia como en el resto del mundo, han aparecido en el escenario político una gran cantidad de grupos sociales que al interior de la sociedad reivindican para sí *derechos*. Con esto buscan ser

---

3 LEFEVBRE, *The Image of Law. Deleuze, Bergson, Spinoza*. Stanford University Press, 2008, p. xi.

protegidos por el ordenamiento jurídico vigente para poner fin a la exclusión social de la cual históricamente han sido víctimas. Movimientos de género, de grupos indígenas, de inmigrantes y ecologistas, entre otros, ejemplifican este fenómeno. Las demandas que adelantan se fundamentan en la idea según la cual si no se poseen *derechos* las personas son tratadas como cosas para uso libre de quienes sí son titulares de ellos. De cierta forma, esta es una idea propia de las teorías liberales que le dan una gran relevancia a los derechos, toda vez que, supuestamente, ellos invisten a los individuos de un poder tal que les permite ser reconocidos por el otro, con lo cual aseguran el no quebrantamiento de la dignidad humana y la convivencia pacífica entre semejantes.

Un ejemplo paradigmático de esto puede encontrarse en el caso *Dred Scott versus Sandford*<sup>4</sup> que tuvo lugar en la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica. En este caso, un esclavo afroamericano reclamó contra su amo por llevarlo de regreso a Missouri contra su voluntad. El amo lo había llevado junto con su familia a Illinois, sitio en que estaba proscrita la esclavitud. Dred Scott reivindicó su libertad en las cortes de Missouri sin resultado favorable. La Corte Suprema de los Estados Unidos señaló que hubo un error al adelantarse judicialmente el caso toda vez que Scott no era ciudadano de ese país sino un objeto de propiedad, y que tal estatus no se había modificado en el momento en que fue conducido a Illinois. Es decir, Scott no era, desde ningún punto de vista, un “sujeto de derechos”. Argumentos como los usados en este caso han sido esgrimidos por distintas cortes y sistemas políticos para fundamentar sistemas racistas, excluyentes y enemigos de la diversidad cultural y política. Por tal motivo, “Para los históricamente marginados la concesión de derechos es un símbolo de todos los aspectos de su humanidad que le han sido negados: los derechos implican un respeto que lo ubica a uno en el rango referencial de “yo” y “otros”, que lo eleva del status de cuerpo humano al de ser social”<sup>5</sup>.

Todo esto configura lo que ha sido llamado “el discurso de los derechos humanos”; se trata entonces de una perspectiva política, una demanda ética, y una tesis jurídica según la cual tener derechos permite que los excluidos sean integrados al ámbito político y social de la vida humana.

Este discurso puede adquirir gran relevancia en sociedades con grandes niveles de desigualdad y violencia, como es el caso de Colombia. En efecto, como es sabido, la Constitución Política de 1991 fue publicitada como un “pacto de paz y

---

4 Dred Scott versus Sandford, 60 U.S. 383 (1857).

5 JARAMILLO, I, *Instrucciones para salir del discurso de los derechos*, En: Brown Wendy y Williams Patricia (Eds.), “La crítica de los derechos”, Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre, p. 55.

reconciliación”. Por ello, los tres primeros capítulos de su *Título II* se consagraron a la elaboración de un amplio listado de derechos que debería convertirse, de ser aplicado por todas las autoridades nacionales, en el camino para lograr la paz y la justicia social. Esta “fe en los derechos” se ve complementada por el capítulo cuarto del mencionado título en donde se hace referencia a la protección y aplicación de los derechos. Allí se puede encontrar el artículo 86 mediante el cual se introdujo en el ordenamiento jurídico colombiano la acción de tutela. Además de esto, en el mismo capítulo, el artículo 94 deja abierta la puerta para que nuevos derechos, diferentes a los taxativamente establecidos en los artículos precedentes, “ingresen” a nuestro ordenamiento jurídico para colaborar en la búsqueda de la paz y la justicia social<sup>6</sup>. De igual forma, el artículo anterior, el 93, establece una relación directa entre la Constitución colombiana y los derechos humanos a los cuales les otorga una especial prevalencia<sup>7</sup>.

Así, la Constitución de Colombia, como la mayoría de todas las Constituciones Latinoamericanas, puede ser descrita como una “Constitución Aspiracional”, es decir, a) una Constitución promulgada en una situación de gran inconformismo social con la realidad actual, y b) una Constitución con fines maximalistas manifestado en amplias listas de derechos. De esta manera, una Constitución Aspiracional no sólo regula las situaciones sociales actuales que existen en determinado país sino que además expresa los deseos con relación a la forma como esa realidad debería transformarse en el futuro.

En este sentido, el discurso de los derechos humanos es compatible con este tipo de Constitución en la medida en que también aparece como un discurso político y legal que busca la realización de cambios sociales a través de caminos democráticos en vez de vías armadas y violentas. El discurso de los derechos humanos, entonces, parece estar basado en una idea universal de justicia que simplemente exige que tales derechos deban ser protegidos y aplicados en todo lugar del mundo y con respecto a todo ser humano.

En breve, estas serían las principales características del “discurso de los derechos humanos”. En la siguiente sección expondré el criticismo directo que en contra de él puede ser encontrado en el pensamiento de Deleuze. Utilizaré seis afirma-

---

6 **Artículo 94.** La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

7 **Artículo 93.** Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

ciones de Deleuze provenientes de la entrevista con Claire Parnet (*L'Abécédair*) y, tomándolas fuera de contexto, construiré un párrafo independiente. Igualmente, citaré a un intérprete de Deleuze, a saber, el académico francés Philippe Mengue, para quien Deleuze es claramente un pensador anti-democrático.

## 2. EL DISCURSO DE LOS DERECHOS HUMANOS: ¿UN DISCURSO PARA IDIOTAS?

De acuerdo con Deleuze:

La reverencia que las personas despliegan hacia los derechos humanos –casi que hace que uno quiera defender posiciones horribles, terribles (...) Los derechos humanos, después de todo, ¿qué significan? Es pura abstracción, es vacío (...) Es decir, nosotros afirmamos “los derechos humanos”, pero al final, es la línea oficial para intelectuales, y para intelectuales detestables, y para intelectuales sin ideas propias (...) La justicia no existe, y los derechos humanos no existen (...) Entonces, aquellos que se contentan con recordarnos a los derechos humanos y nos recitan listas de derechos humanos –ellos son idiotas (...) Realmente es una locura. O, peor, creo que son hipócritas, todas estas nociones de derechos humanos. Es cero, filosóficamente, es cero<sup>8</sup>.

No pocos intérpretes han señalado que el criticismo de Deleuze a la cultura occidental, criticismo que se encuentra detrás de su posición hacia los derechos humanos, termina desacreditando a la Ilustración y a la Modernidad en general. De acuerdo con estos comentaristas, el criticismo de Deleuze, “may destroy the egalitarian foundations of universalistic humanism, as well as the very idea of progress that inspired the political struggles of the Modern Age in the West, the East, the North, and the South”<sup>9</sup>.

El académico francés deleuziano Philippe Mengue, publicó hace ya varios años un libro titulado *Deleuze et la question de la démocratie* en donde afirma que para Deleuze ‘Democracy is only devalued and rendered secondary, not for its empirical failures but for reasons of principle’<sup>10</sup>. Para Mengue, “this weak point in an otherwise powerful philosophy exposes the degree to which its political rhetoric

8 *L'Abécédair*. Existe una transcripción en inglés de esta parte de la entrevista disponible en: <http://www.generation-online.org/p/fpdeleuze10.htm>. Me estoy basando en esta transcripción para las citas de Deleuze de *L'Abécédair*.

9 LINDGREN J., *The Declaration of Human Rights in Postmodernity*, En *Human Rights Quarterly* 22, 2000, P. 493-494.

10 PATTON, Paul, *Deleuze and Democracy*, in *Contemporary Political Theory*, 4, 2005, p. 400.

is bound up with the opinions and sensibilities of its time, attributing Deleuze's hostility towards democracy to an uncritical acceptance of the Marxist *doxa* current among many French intellectuals in the aftermath of May'68"<sup>11</sup>. De acuerdo con Mengue, "Deleuze's preference for immanence over transcendence renders him incapable of unequivocally supporting democracy or the idea of a constitutional state governed by law"<sup>12</sup>.

Para Paul Patton, en contraste, los comentarios de Mengue sobre Deleuze son completamente errados. En palabras de Patton, "While this important study makes an important contribution to the development of Deleuzian political thought by forcing us to examine these issues in detail, it overlooks much evidence to suggest that, while Deleuze is no theorist of democracy, he remains committed to egalitarian and democratic values"<sup>13</sup>. Para Patton, la tesis según la cual Deleuze es un pensador hostil a la democracia es, en última instancia, insostenible.

En la sección siguiente presentaré una interpretación de los comentarios de Deleuze de la entrevista con Claire Parnet (*L'Abécédair*) que busca justificar y ampliar las observaciones de Patton. En concreto, defenderé la tesis según la cual Deleuze no es un oponente de los derechos humanos como tales, sino simplemente de determinada forma de concebirllos de acuerdo con la cual estos resultan siendo derechos universales, abstractos y trascendentes que supuestamente pertenecen a todo el mundo pero que, por la misma razón, terminan no perteneciendo a nadie en particular.

### 3. HACIA UNA JURISPRUDENCIA DELEUZIANA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Para el desarrollo de esta tercera sección procederé en dos pasos. Primero, contextualizaré y analizaré el criticismo radical de Deleuze sobre los derechos humanos tal y como es presentado en la entrevista y en otros textos de Deleuze. Segundo, basado en sus comentarios sobre la jurisprudencia, expondré una posible concepción Deleuziana de los derechos y del derecho que lo muestra como un pensador positivo y relevante para los debates contemporáneos sobre el derecho y los derechos humanos.

---

11 Ibid., p. 401.

12 Ibid., p. 404.

13 Ibid., p. 401.

### 3.1. EL CRITICISMO RADICAL DE DELEUZE SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS

El ABC de Deleuze (*L'Abécédaire*) es una serie de entrevistas entre Gilles Deleuze y Claire Parnet filmadas por Pierre- Boutang entre 1988 y 1989. Los temas discutidos en las ocho horas de entrevista son los siguientes:

<b>A de Animal</b>	<b>B de Boisson</b> (Bebida)	<b>C de Culture</b> (Cultura)	<b>D de Désir</b> (Deseo)	<b>E de Enfance</b> (Infancia)
<b>F de Fidélité</b> (Fidelidad)	<b>G de Gauche</b> (Izquierda)	<b>H de Histoire de la Philosophie</b> (Historia de la filosofía)	<b>I de Idée</b> (Idea)	<b>J de Joie</b> (Alegria)
<b>K de Kant</b>	<b>L de Littérature</b> (Literatura)	<b>M de Maladie</b> (Enfermedad)	<b>N de Neurologie</b> (Neurología)	<b>O de Opéra</b> (Ópera)
<b>P de Professeur</b> (Profesor)	<b>Q de Question</b> (Pregunta)	<b>R de Résistance</b> (Resistencia)	<b>S de Style</b> (Estilo)	<b>T de Tennis</b> (Tenis)
<b>U de Un</b> (Uno)	<b>V de Voyage</b> (Viaje)	<b>W de Wittgenstein</b>	<b>X y Y de Inconnues</b> (X Desconocido, Y Impro-nunciable)	<b>Z de Zig-zag</b>

La entrevista está disponible en video casete (1996) y CD-ROM (2003) por parte de *Video Editions Montparnasse*, aunque también puede ser vista en internet en una gran cantidad de páginas<sup>14</sup>. Parece que a la fecha la entrevista no ha sido publicada en forma impresa. Sin embargo, existe una revisión general de la misma preparada por Charles J. Stivale<sup>15</sup>. En esta revisión, él nos da los puntos principales de las preguntas de Parnet así como de las respuestas de Deleuze.

Se suponía que la entrevista iba a ser transmitida únicamente después de la muerte de Deleuze. Sin embargo, fue hecha pública con su permiso en el *Arte channel* entre

14 Dos de ellas son: Parte 1: <http://video.google.fr/videoplay?docid=438091653681675611&hl=un/#>; Parte 2: <http://video.google.fr/videoplay?docid=-9009902138061209670&hl=fr/#>. Existen otras versiones disponibles en youtube que se encuentran subtituladas al español.

15 Disponible en <http://www.langlab.wayne.edu/CStivale/D-G/ABCs.html>

Noviembre de 1994 y la primavera de 1995. Al comienzo de la entrevista Deleuze menciona que Parnet y Boutang seleccionaron el formato de ABC. Él también señala que ellos le indicaron a él cuáles serían los temas a tratar, mas no preguntas específicas. De acuerdo con Stivale, Deleuze

states that answering questions without having thought about them beforehand is something inconceivable for him, but that he takes solace in the precondition that the tapes would be used only after his death. So, this somehow makes him feel great relief, as if he were a sheet of paper, even some state of pure spirit. But, he also wonders about the value of all this since everyone knows that a pure spirit is not someone that gives very profound or intelligent answers to questions posed (STIVALE, 1996, 2).

En la mitad de la conversación acerca de la compleja relación de Deleuze con la izquierda, Parnet le pregunta sobre el respeto por los “derechos del hombre” <*les droits de l’homme*>. En la primera afirmación de su respuesta Deleuze nos da una importante clave para interpretar la complejidad de sus pensamientos. Para Deleuze, “The reverence that people display toward human rights -- it almost makes one want to defend horrible, terrible positions. It is so much a part of the softheaded thinking that marks the shabby period we were talking about. It’s pure abstraction” (*L’Abécédair*). Esta observación nos permite ver que el criticismo radical de Deleuze no está dirigido contra una idea general de los derechos humanos como tal, sino contra cierta clase de reverencia hacia ellos producida por el “pensamiento bobalicón” (*softheaded thinking - pensee molle*) contemporáneo. Para Deleuze esta clase de aproximación hace de los derechos humanos algo esencialmente universal, abstracto y vacío. Por lo tanto, debe evidenciarse que el criticismo de Deleuze es dirigido principalmente en contra del pensamiento contemporáneo y la manera en que este expresa la idea de los derechos humanos. Esto es algo que puede ser visto con mayor claridad en otras entrevistas con Deleuze.

Por ejemplo, en su conversación con Antoinette Dulaure y Claire Parnet, Deleuze afirma que,

If things aren’t going too well in contemporary thought, it’s because there’s a return under the name of “modernism” to abstractions, back to the problem of origins, all that sort of thing (...) in philosophy we’re coming back to eternal values, to the idea of the intellectual as custodian of eternal values (...) These days it’s the rights of man that provide our eternal values. It’s the constitutional state and other notions everyone recognizes as very abstract<sup>16</sup>.

16 Deleuze, G, *Negotiations 1972–1990* (trans. Martin Joughin). Columbia: University of Columbia Press, 1995, p. 121.



De forma similar, al ser explícitamente preguntado por Raymond Bellour y Francois Ewald sobre su negativa en participar en el movimiento de los derechos humanos, Deleuze responde:

If you're talking about establishing new forms of transcendence, new universals, restoring a reflective subject as the bearer of rights, or setting up a communicative intersubjectivity, then it's not much of a philosophical advance<sup>17</sup>.

Por ende, el criticismo de Deleuze no está directamente dirigido hacia los derechos humanos como tales, sino hacia la clase de pensamiento que los “captura” al concebirlos simplemente en términos abstractos y trascendentes. En este mismo sentido, Patton afirma que “Nothing in what [Deleuze] says implies rejection of human rights, the rule of law or democratic government as such. The argument attributed to Deleuze, in fact, confuses the representation of human rights with human rights themselves and supposes that, just because he refuses the representation of human rights in these terms, Deleuze is opposed to rights in any form”<sup>18</sup>. Igualmente, para Alexandre Lefebvre, “Deleuze’s ambivalence is revealing. On the one hand, who could oppose ‘rights’ in the sense of the protection of human faculties? On the other hand, how could Deleuze not strike out at a communicative discourse on rights that he perceives to have monopolized their sense (abstract senselessness), their ethics (prescriptive morality), their horizon (opinion-ridden, non-creative), and their actuality (axiomatic, abandonable)?”<sup>19</sup>.

Así, esta forma de pensar los derechos humanos es deficiente por, al menos, dos razones. Primera, no toma en consideración el contexto económico global en el cual los derechos humanos se desarrollan. En este sentido, Deleuze se encontraría muy cercano al criticismo marxista dirigido en contra de los derechos humanos tal y como es expresado, por ejemplo, en la *Cuestión Judía*. En la perspectiva Marxista, el discurso de los derechos humanos aparece como un disfraz ético y jurídico que esconde la institucionalización de la unidimensionalidad y mercantilización de las relaciones humanas. Toda demanda basada en la noción de derechos humanos neutraliza las relaciones sociales y políticas de dominación en la medida en que estaría basada en una idea abstracta de igualdad entre todos los ciudadanos que esconde las profundas diferencias materiales. En este sentido, el discurso de los derechos humanos aparece como un velo a la realidad, una realidad caracterizada por su falta de verdadera libertad y por encontrarse repleta de diferencias materiales sobre las

---

17 Ibid., p. 151.

18 Patton Paul, *Ibid*, 404. (2005)

19 Lefebvre Alexandre, *Habermas and Deleuze on Law and Adjudication*. *Law Critique*, 17, 2006, p. 407.

cuales se fundan la dominación y la explotación. En palabras de Marx, “Above all, we note the fact that the so-called rights of man, the *droits de l’homme* as distinct from the *droits du citoyen*, are nothing but the rights of a *member of civil society* – i.e., the rights of egoistic man, of man separated from other men and from the community”<sup>20</sup>. De forma similar, para Deleuze, , “One can’t think about the state except in relation to the higher level of the single world market (...) Beyond the state it’s money that rules, money that communicates...”<sup>21</sup>. Por esta razón, más que un oponente de los derechos humanos, Deleuze debe ser considerado como un pensador crítico y radical, quien no está dispuesto a permitir que el aparentemente neutro y limpio discurso de los derechos humanos se convierta en un abstracto y vacío velo que esconde actualidades “mucho más reales”, en este caso, la realidad del capitalismo global.

Es por esto que, en otro texto, Deleuze afirmará que “Human rights are axioms. They can coexist on the market with many other axioms, notably those concerning the security of property, which are unaware of or suspend them even more than they contradict them”<sup>22</sup>. Con base en esto, se pregunta Deleuze de una forma retórica, “What social democracy has not given the order to fire when the poor come out of their territory or ghetto? Rights can save neither men nor a philosophy that is reterritorialized on the democratic State. Human rights will not make us bless capitalism”<sup>23</sup>.

La segunda razón por la cual la concepción abstracta y universal de los derechos humanos es deficiente no se encuentra, sin lugar a dudas, alejada de la primera. Para Deleuze, esta forma contemporánea y abstracta de pensar los derechos humanos no dice nada sobre los modos inmanentes de existencia de las personas a las que se les atribuyen esos derechos<sup>24</sup>. Este criticismo es fácilmente visto en la entrevista de Deleuze con Claire Parnet. Allí, Deleuze establece una relación entre sus críticas a la forma abstracta de representarse los derechos humanos y sus objeciones a la también abstracta forma de representar el deseo. Como lo señala Deleuze, “Human rights, after all, what does that mean? It is pure abstraction, it is empty. It is exactly what we were talking about before about desire, or at least what I was trying to get across about desire. Desire is not putting something up on a pedestal and saying,

---

20 MARX, 2008... p. 13

21 Deleuze, *Ibid.*, p. 152.

22 Deleuze – Guattari, *What is Philosophy?* (trans. Hugh Tomlinson and Graham Burchell). New York: Columbia University Press, 1994, p. 106.

23 *Ibid.*, p. 106-107.

24 *Ibid.*, p. 107.

hey, I desire this. We don't desire liberty and so forth, for example; that doesn't mean anything. We find ourselves in situations" (*L'Abécédair*).

En la entrevista, bajo la letra D, Deleuze fue preguntado acerca del Deseo y si Anti-Edipo. Él se refirió a la noción abstracta y, por ello, desorientadora del deseo según la cual existe algo así como un "objeto del deseo" como tal. Sin embargo, para Deleuze, uno nunca desea "algo" o "alguien", sino, en vez, siempre desea un "agregado" o *agenciamiento* (*ensemble*). De acuerdo con Stivale, "Deleuze refers to Proust when he says that desire for a woman is not so much desire for the woman as for a *paysage*, a landscape, that is enveloped in this woman. Or in desiring an object, a dress for example, the desire is not for the object, but for the whole context, the aggregate" STIVALE, 1996, 11). Todo deseo, entonces, flota siempre en el contexto de un *agenciamiento* (*agencement*), el cual, para Deleuze tiene cuatro componentes o dimensiones:

- 1) "Agenciamientos (Assemblages) referidos al "estado de cosas", de tal forma que cada uno de nosotros puede encontrar el "estado de cosas" que mejor le caiga.
- 2) "Les énoncés", Los enunciados, frases cortas, como de estilo, en las que cada uno de nosotros encuentra una clase o un estilo de enunciación.
- 3) Un agenciamiento (assemblage) implica territorios; cada uno de nosotros escoge o crea un territorio, incluso por el simple hecho de caminar al interior de un cuarto.
- 4) Un agenciamiento (assemblage) también implica procesos de desterritorialización, movimientos de desterritorialización" (*L'Abécédair*).

Así, para Deleuze, la forma abstracta y vacía de pensar los derechos humanos no tiene en cuenta la situación concreta y el agenciamiento en los que ellos siempre se realizarían. Para Patton, esto no hace de Deleuze Deleuze "an opponent of rights or even of the idea that some rights should be universal. He is wary of attempts to ground human rights in features of human nature such as human freedom, rationality or the capacity to communicate. Understood in these terms, human rights presuppose a universal and abstract subject of rights, irreducible to any singular, existent figures"<sup>25</sup>.

Es por esto que, en la entrevista (*L'Abécédair*) Deleuze menciona la situación de la población Armenia masacrada por ejércitos Turcos y, posteriormente, afectada gravemente por un terremoto. Deleuze se está refiriendo al genocidio Armenio perpetrado por ejércitos Turcos, un genocidio que ha sido llamado como el primer genocidio del siglo 20. De acuerdo con la *Affirmation of the United States Record*

25 Patton, 2005, *Ibid.*, p. 405.

on the *Armenian Genocide Resolution*, “The Armenian Genocide was conceived and carried out by the Ottoman Empire from 1915 to 1923, resulting in the deportation of nearly 2,000,000 Armenians, of whom 1,500,000 men, women, and children were killed, 500,000 survivors were expelled from their homes, and which succeeded in the elimination of the over 2,500-year presence of Armenians in their historic homeland”.

Este genocidio suele ser tristemente recordado por las palabras de Hitler al ordenar en 1939 a sus comandantes militares atacar a Polonia sin existir una previa provocación: “Thus for the time being I have sent to the East only my ‘Death’s Head Units’ with the order to kill without pity or mercy all men, women, and children of the Polish race or language. Only in such a way will we win the vital space we need. Who still talks nowadays of the extermination of the Armenians?”

El reconocimiento oficial del genocidio Armenio por parte de todos los países alrededor del mundo, e incluso por las Naciones Unidas, ha sido un asunto de gran complejidad, especialmente por la oposición y férrea negativa de Turquía. A la fecha, no más de cuarenta países han reconocido oficialmente los hechos de este período como un genocidio. Sin embargo Deleuze no se refiere únicamente a este genocidio olvidado y negado que tuvo lugar al inicio del siglo 20. En palabras de Deleuze, “These poor people went through the worst ordeals that they could face, and they have only just escaped into shelter when Mother Nature starts it all up again” (*L’Abécédair*). Deleuze, se está refiriendo también, como se mencionó antes, al terremoto Spitak ocurrido en 1988.

Después del genocidio, la población Armenia fue obligada a desplazarse a lo largo de todo el continente europeo<sup>26</sup>. Sin embargo, “el desplazamiento de una gran cantidad de armenios al interior de territorio ruso resultó en que desde ese entonces una gran parte de la población armenia sobreviviente empezó a vivir en una pequeña sección de la histórica Armenia gobernada por los Rusos. De esa region se creó posteriormente lo que en el presente es el país de Armenia, el que fuera la más pequeña de las repúblicas de la URSS”<sup>27</sup>.

En la región de Spitak en Armenia, el 7 de Diciembre de 1988, ocurrió un terremoto en el que perdieron la vida al menos 25.000 personas. A pesar de esto, existe un acuerdo generalizado de que esta gran cantidad de muertes se debió realmente a las estructuras pobremente construidas de los edificios, algo que el mismo De-

---

26 Adalian, Rouben Paul, *The Armenian Genocide: Context and Legacy*, available at: [http://www.armenian-genocide.org/Education.56/current\\_category.117/resourceguide\\_detail.html](http://www.armenian-genocide.org/Education.56/current_category.117/resourceguide_detail.html). December 7, 2009.

27 Ibid

leuze reconoce: “An earthquake whose unfolding also had its reasons, buildings which were not well built, which were not put together as they should have been” (*L'Abécédair*).

Esta es, brevemente resumida, la situación que Deleuze menciona con el fin de ilustrar sus afirmaciones sobre los derechos humanos. Él explícitamente afirma que la situación de Armenia no es un asunto de derechos humanos. Sin embargo, Deleuze también de forma explícita, clarifica que, con esto, él no está diciendo que no se trata de realizar una negación absoluta de los derechos. Todo lo que él dice es que cualquier persona que piense que la situación Armenia consiste únicamente en una violación de los derechos humanos contenidos en los artículos X, Y o Z de tal o cual declaración de derechos humanos está perdiendo los puntos más importantes de la situación. Como lo señala Deleuze, “So those who are content to remind us of human rights, and recite lists of human rights -- they are idiots (...) Human rights -- what do they mean? They mean: aha, the Turks do not have the right to massacre the Armenians. Fine, so the Turks do not have the right to massacre the Armenians. And?” (*L'Abécédair*). En otras palabras, si toda la complicada y terrible situación de los Armenios tan sólo significa, en términos de derechos humanos, que los Turcos no tienen el derecho a masacrarlos, el valor filosófico, político, legal y ético de los derechos humanos es, como lo afirma Deleuze, cero.

Las preguntas que, de acuerdo con Deleuze, sí tendrían algún valor no son preguntas acerca de qué derechos humanos, contenidos en cuáles artículos, fueron violados. Las preguntas valiosas son, en contraste, las siguientes:

What can be done to eliminate the Armenian enclave in a Soviet Republic, or, at least, to make it livable? (...) What is this interior enclave? (...) What are they going to suppose that Gorbachev is going to get out of the situation? How is he going to arrange things so that there is no longer this Armenian enclave delivered into the hands of the hostile Turks all around it? (...) What can be done to save the Armenians, and to enable the Armenians to extricate themselves from this situation? (*L'Abécédair*).

Sin embargo, todas estas preguntas no son, para Deleuze, preguntas de derechos humanos sino asuntos de jurisprudencia. En palabras de Deleuze: “The Armenian problem is typical of what one might call a problem of jurisprudence. It is extraordinarily complex (...) It is not a question of applying human rights. It is one of inventing jurisprudences where, in each case, this or that will no longer be possible. And that is something quite different” (*L'Abécédair*).

Pero, ¿qué es lo que Deleuze quiere decir por jurisprudencia?

### 3.2. LA NOCIÓN DE JURISPRUDENCIA DE DELEUZE

En la entrevista podemos encontrar al menos tres formas a través de las cuales Deleuze explica lo que él entiende por jurisprudencia. Sin embargo, antes de presentar la perspectiva de Deleuze al respecto puede ser útil recordar el contexto de fondo general del significado y la importancia del término en la tradición legal francesa, la cual, como es sabido, no es tan diferente a la nuestra.

El modelo de Derecho Civil domina el sistema legal francés. En este modelo, las leyes son escritas y codificadas en códigos (Civil, Comercial, Penal), con lo que la legislación aparece como la fuente primaria del Derecho. Por lo tanto, en esta clase de sistemas jurídicos todo el derecho, o al menos la parte más importante, se supone que debe ser encontrada en las leyes generales, y los jueces no se encuentran realmente ligados por los precedentes ya que ellos sólo deben aplicar las leyes a los casos concretos, sin ir más allá.

En este sistema legal la jurisprudencia es considerada simplemente como una fuente secundaria o auxiliar del derecho. El sistema legal colombiano estaba fuertemente influenciado, hasta hace unos años, sobre este modelo del Derecho Civil. El artículo 230 de la Constitución Política de Colombia puede ilustrar esta premisa clave de estos sistemas legales:

**ARTÍCULO 230.** Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

Es claro, entonces, la prevalencia de los códigos y las leyes sobre la jurisprudencia. Esto significa que la jurisprudencia no se supone que sea creativa de Derecho, sino, simplemente, una aplicación del mismo. Una perspectiva extrema de esta tradición es aquella según la cual el juez tiene que decidir los casos de una forma deductiva, como si se tratara de un silogismo. Estos son los dos pasajes más famosos de esta tradición, expuestos por el jurista italiano Cesare Beccaria:

The laws only can determine the punishment of crimes; and the authority of making penal laws can only reside with the legislator, who represents the whole society united by the social compact. No magistrate then, (as he is one of the society) can, with justice, inflict on any other member of the same society punishment that is not ordained by the laws<sup>28</sup>.

---

28 BECCARIA Cesare, *An Essay on Crimes and Punishment he Right to Punish*, Harvard Law School, Boston, 1819, p. 19

Judges (...) have no right to interpret the penal laws, because they are not legislators (...). In every criminal cause the judge should reason syllogistically. The major should be the general law; the minor, the conformity of the action, or its opposition to the laws; the conclusion, liberty, or punishment. If the judge be obliged by the imperfection of the laws, or chooses to make any other or more syllogisms than this, it will be an introduction to uncertainty<sup>29</sup>.

Deleuze parece estar completamente al tanto de estas características del sistema legal francés, como puede verse en su texto *What is Philosophy*. De acuerdo con Deleuze, “English law is a law of custom and convention, as the French is of contract (deductive system) and the German of institution (organic totality)”<sup>30</sup>.

Así, esta idea del Derecho identificado primariamente con la Ley es la noción que, en su entrevista, Deleuze está cuestionando con su original forma de caracterizar a la “jurisprudencia”. En su conversación con Raymond Bellour y Francois Ewald, Deleuze afirma,

And in constitutional states, it's not established and codified constitutional rights that count but everything that's legally problematic and constantly threatens to bring what's been established back into question that counts. There's no shortage of such problems these days; the whole Civil Code's strained to breaking-point, and the Penal Code is in as great a mess as the prison system. Rights aren't created by codes and pronouncements but by jurisprudence. Jurisprudence is the philosophy of law, and deals with singularities, it advances by working out from singularities<sup>31</sup>.

Como lo señalé anteriormente, en la entrevista con Claire Parnet, Deleuze desarrolla su idea de jurisprudencia de tres formas interrelacionadas. Primero, él presenta una caracterización directa del término. Segundo, él presenta una oposición con la idea de derechos humanos. Finalmente, él ofrece un ejemplo.

29 Ibid., p. 21-22.

30 Deleuze – Guattari, *What is Philosophy*, (trans. Hugh Tomlinson and Graham Burchell). New York: Columbia University Press. 1994, 106.

31 Deleuze, 1995, *Ibid.*, p. 153. Paul Patton establece una relación entre la noción de Deleuze de jurisprudencia y la idea de los procesos nomádicos de liberación y desterritorialización. De acuerdo con Patton, “Deleuze points to the possibility of metamorphosis machines in the law when he suggests in an interview that, within constitutional states, the parallel to nomadic processes of liberation lies not in ‘established and codified constitutional rights’ but in ‘everything that is legally problematic and constantly threatens to bring what’s been established back into question’ (Deleuze 1995b:153). In constitutional states, political creativity often takes the form of the problematisation of existing rights or the creation of new ones. Moreover, if as Deleuze suggests, ‘it is jurisprudence which is truly creative of rights’ then jurisprudence must also be considered a potential site of metamorphosis machines capable of deterritorialising legal regimes of capture. (PATTON, 2000, 120)

De acuerdo con la caracterización positiva de jurisprudencia hecha por Deleuze, jurisprudencia es, primero que todo, creación de Derecho y de derechos. En palabras de Deleuze, jurisprudencia es “the invention of rights, invention of the law (...) Law is not created through declarations of human rights. Creation, in law, is jurisprudence, and that is the only thing there is” (*L'Abécédair*).

Por esta razón, para Deleuze, “To act for liberty, to become a revolutionary, this is to act on the plane of jurisprudence (...) And fighting for freedom, really, is doing jurisprudence (...) So: fighting for jurisprudence. That is what being on the left is about. It is creating the right” (*L'Abécédair*). Debe quedar claro a partir de esta frase que Deleuze no está en última instancia rechazando toda idea de derechos o de tener derechos. Él simplemente desea distinguir entre lo que sería una noción jurisprudencial de los derechos de una noción abstracta, universal y trascendental y, por lo mismo, vacía. Esto es lo que Deleuze parece tener en mente cuando él diferencia jurisprudencia de derechos humanos, lo que es, como se señaló previamente, su segunda estrategia para desarrollar su noción de jurisprudencia.

En este segundo movimiento, la entrevista nos da un par de observaciones muy generales. Primero, Deleuze nos dice que mientras los derechos humanos no existen, la jurisprudencia sí, y que la jurisprudencia es lo que cuenta. Segundo, Deleuze afirma que él siempre se ha interesado enormemente en el Derecho y en la jurisprudencia, más no en los derechos humanos. Deleuze incluso afirma que si él no hubiera hecho filosofía, hubiera hecho derecho, pero jurisprudencia y nunca derechos humanos pues eso es de lo que se trata la vida (*L'Abécédair*).

Adicional a esto, en su segunda forma de acercarse al concepto de jurisprudencia, Deleuze mantiene que mientras el discurso de los derechos humanos tan sólo nos da “negaciones de derechos abstractos”, la jurisprudencia, por otra parte, nos permite apreciar las complejidades y las singularidades de los casos horrorosos. Para Deleuze, “One can say that these cases resemble other, have something in common, but they are situations for jurisprudence” (*L'Abécédair*). En este sentido, en el discurso de los derechos humanos criticado por Deleuze, todas las singularidades del caso son subsumidas por completo en una lista de derechos.

En esta línea de pensamiento, los derechos abstractos a ser aplicados son lo absolutamente prevalente sobre cualquier otra cosa. Por ende, lo que no parece caber dentro del derecho corre el riesgo de ser ignorado. Esta clase de pensamiento judicial se movería desde arriba (la lista de derechos) hacia abajo (el caso).

Como lo señala Lefebvre,

Documents of human rights are abstract in their expression by providing general provisions protecting life, liberty, speech, property, etc. A constitution,



or any catalogue of human rights, bundle together floating propositions void of sense. Adapting Deleuze's argument from *The Logic of Sense*, we can say that propositions are void of sense unless they are referred to a concrete situation – a problem – that generates their sense and provision. It is incorrect to say that rights simply require a denotation in a specific situation that will inform the right if it is true or false (i.e., achieved denotation if the right is honored, or infelicitous denotation if the right is violated). Rights need much more: they require concrete situations not simply for denotation but also to take on sense. Abstract values such as liberty or property demand a concrete situation – what kind of liberty is guaranteed, what effects of speech can limit its use, which sorts of property are to be protected?<sup>32</sup>

Pero esto es algo que simplemente puede ser proveído y creado por la jurisprudencia. Por lo tanto, la jurisprudencia, al contrario de los derechos humanos, entendida en estos términos, no procede de arriba hacia abajo. De acuerdo con Deleuze, la situación Armenia “is not a question of applying human rights. It is one of inventing jurisprudences where, in each case, this or that will no longer be possible. And that is something quite different” (*L'Abécédair*).

En la jurisprudencia, entonces, las singularidades del caso adquieren la relevancia en la medida en que ahora el asunto es importante no es tanto aplicar un derecho en una forma deductiva, sino encontrar una solución concreta y única a una situación también concreta y única. Para Patton, la preferencia de Deleuze hacia la jurisprudencia “over declarations of human rights or their enshrinement in legal codes is a preference for the ongoing and open-ended creative process that leads to the modification of existing laws and the invention of new rights. As such, it parallels the kind of conceptual abstraction that he endorses in philosophy”<sup>33</sup>.

Finalmente, Deleuze intenta explicar mejor todo lo anterior por medio de un ejemplo. De acuerdo con Deleuze, es la única forma de entender bien qué es la jurisprudencia (*L'Abécédair*). En su ejemplo, Deleuze comienza por recordarnos de la época cuando fumar en los taxis era algo prohibido. Esa era la regla general hasta que un día un abogado, no quería que le prohibieran fumar en los taxis; por esta razón él demandó al taxista que no le permitió fumar. El taxista fue condenado ya que el juez consideró que el pasajero del taxi se encontraba en una situación similar a la del arrendado en su apartamento. Entonces, así como bajo el derecho de usufructo el arrendado tenía el derecho a fumar en su propia casa, el pasajero de un taxi también tenía que permitírsele fumar. En palabras de Deleuze, “It is as though [the taxi passenger] was an actual tenant, as though my landlord told me: no, you

32 LEFEBVRE, 2005, *Ibid.*, p. 112.

33 PATTON, 2005, *Ibid.*, p. 405.

may not smoke in my home. And I would say: yes, if I am the tenant, I can smoke in my own home. So the taxi was made out to be a sort of mobile apartment in which the passenger was the tenant” (*L'Abécédair*).

No existía ninguna ley abstracta y general que relacionara el taxi con un apartamento móvil. No había tampoco ninguna ley general que permitiera la comparación, o que la prohibiera. Sin embargo, esa analogía, crucial para la solución del caso, fue creada por la jurisprudencia. “In other words, the judicial response to such cases is properly creative and not simply the rote application of existing categories”<sup>34</sup>.

Ahora bien, continuando con el ejemplo, como lo reconoce Deleuze, hoy en día la situación es diferente. De acuerdo con él, si el juicio se llevara a cabo hoy, no sería el taxista quien resultara culpable sino, más bien, el culpable resultaría siendo el pasajero (*L'Abécédair*). La razón es muy sencilla: hoy en día es muy difícil establecer la analogía taxi-apartamento pues, para nosotros, un taxi es considerado como un servicio público y, en un servicio público, prohibir fumar es absolutamente legítimo.

En la primera decisión una analogía taxi-apartamento fue creada, pero esa analogía ya no resulta operativa en la medida en que la nueva creación dominante es otra, a saber, la de que un taxi es un servicio público. Para Deleuze, “All that is jurisprudence. There is no issue of rights of this or that. It is the matter of a situation, and a situation that evolves” (*L'Abécédair*). En este sentido, desde Deleuze la jurisprudencia

is vaunted as capable of unblocking the movements that law arrests; it is recommended as an institution able to honor the singular situation in contradistinction to the limitations of the “rights of man” and other empty eternal values. Jurisprudence operates as what we could call an institutionalized line-of-flight, a sanctioned yet deterritorializing power that “constantly threatens to bring what’s been established back into question”. In brief, jurisprudence is a positive escape from the strictures of law<sup>35</sup>.

Un aspecto final de la noción Deleuziana de jurisprudencia no aparece explícitamente en la entrevista. Sin embargo, puede encontrarse en la conversación que Deleuze sostuvo con Negri. En esta conversación Deleuze reafirma, por una parte, su idea de que la jurisprudencia es la única fuente real de Derecho, así como también, por otra, su interés en la jurisprudencia en vez del Derecho abstracto y vacío. Pero, esta vez, él afirma que la jurisprudencia no es simplemente un asunto legal, es decir, uno reservado únicamente a abogados y jueces. Como lo indica Deleuze, “What interests

34 PATTON, 2005, *Ibid.*, p. 405.

35 LEFEBVRE, 2005, *Ibid.*, p. 104.

me isn't the law or laws (the former being an empty notion, the latter uncritical notions), nor even law or rights, but jurisprudence. It's jurisprudence, ultimately, that creates law, and we mustn't go on leaving this to judges"<sup>36</sup>.

Por esta razón, refiriéndose al tema de los derechos en relación con las nuevas formas de biotecnología, Deleuze afirma que "People are already thinking about establishing a system of law for modern biology; but everything in modern biology and the new situations it creates, the new courses of events it makes possible, is a matter for jurisprudence"<sup>37</sup>. En esta afirmación Deleuze está siendo crítico sobre la idea de establecer nuevas leyes o incluso un nuevo código que regule las nuevas formas de la biotecnología. Para Deleuze, en contraste, "We don't need an ethical committee of supposedly well-qualified wise men, but user-groups. This is where we move from law into politics"<sup>38</sup>. De acuerdo con Patton, "The implicit principle in this recommendation is the democratic idea that decisions ought to be taken in consultation with those most affected by them"<sup>39</sup>. En la entrevista con Claire Parnet, Deleuze presenta un criticismo similar referido a las declaraciones de derechos humanos. Para Deleuze, "I have noticed that these declarations of human rights are never done by way of the people that are primarily concerned, the Armenian associations and communities, and so on" (*L'Abécédair*).

#### 4. CONCLUSIONES

Todo lo anterior nos permite ver que, para Deleuze, la jurisprudencia no sólo es una fuente de derecho, ya sea primaria o secundaria, sino la única fuente real del derecho. Por lo tanto, no es una sorpresa que, desde esta perspectiva, las listas interminables de declaraciones de derechos humanos que podamos encontrar, así como todos los códigos del sistema de derecho civil, aparezcan por sí mismos como algo limitado. Esto no significa, sin embargo, que tengan una completa inutilidad ya que, en última instancia, todo acto de jurisprudencia termina haciendo referencia a esas leyes abstractas y generales. Pero la jurisprudencia es mucho más que esas leyes y derechos abstractos y, definitivamente, para Deleuze, no puede ser reducida a un simple acto deductivo-aplicativo de un razonamiento jurídico ya que, como lo vimos, la jurisprudencia se encuentra irremediabilmente conectada con el caso

---

36 Deleuze, 1995, *Ibid.*, p. 170.

37 *Ibid.*

38 *Ibid.*

39 PATTON, *Deleuze and Derrida on the Concept and Future of Democracy*, Distinktion No. 15, 2007, P. 16.

y la situación concreta de la cual se genera. Caso y situación que, a pesar de tener similitudes con otros casos y situaciones, siempre son diferentes y nuevos.

Ahora bien, como fue mencionado previamente, este criticismo no implica una perspectiva que rechaza cualquier forma de derechos. Sin embargo, los derechos, y los derechos humanos, sí tienen que ser concebidos de una forma diferente. Por ende, desde un enfoque deleuziano, como lo indica Lefebvre, los derechos solo existen como algo actualizado en casos y situaciones específicas, o, más precisamente, una situación concreta y un derecho legal forma un problema singular y único, una creación singular y única<sup>40</sup>. De igual forma, para Patton, los derechos tienen que ser concebidos como singularidades virtuales, cuyas consecuencias sólo son actualizadas en decisiones judiciales específicas en interacción con las promulgaciones legislativas<sup>41</sup>.

En este sentido, la noción de jurisprudencia de Deleuze es una manifestación de su preferencia por una noción de derecho como un proceso abierto y creativo que lleva a la modificación de las leyes existentes y a la invención de nuevos derechos. Como Patton lo señala, esta noción de jurisprudencia es paralela a las clases de abstracciones conceptuales que Deleuze motiva en la filosofía: “Just as philosophy responds to problems by the creation of concepts, so when we respond to particular situations by legal means we are involved in jurisprudence, meaning the creative modification of existing legal principles or the invention of new ones to fit particular cases”<sup>42</sup>. Valga notar que, para Deleuze, la jurisprudencia de hecho es equivalente a la filosofía del derecho: “Jurisprudence is the philosophy of law, and deals with singularities, it advances by working out from singularities”<sup>43</sup>.

Por ende, Deleuze no es ni un ciego opositor ni un ciego apologeta de cualquier discurso de los derechos humanos. Simplemente se trata de un pensador radical, es decir, uno que no teme llegar a las raíces del asunto en discusión, en este caso, la noción misma de los derechos humanos. Así, su radicalismo nos invita a pensar en dos formas diferentes de concebir los derechos humanos. La primera, abstracta, transcendental y universal, busca el significado y la justificación de los derechos humanos en alguna especie de naturaleza igual y universal de los seres humanos.

La igualdad es entonces, desde esta perspectiva, la clave en el concepto de los derechos humanos. En este sentido, se puede decir que todos tenemos los mismos

---

40 LEFEBVRE, 2006, *Ibid.*, p. 409.

41 PATTON, 2000, *Ibid.*, p. 127.

42 PATTON, 2005. *Ibid.*, p. 405.

43 DELEUZE, 1995, *Ibid.*, p. 153.

derechos en la medida en que todos podemos llegar a ser considerados iguales. El gran riesgo de esta concepción es que la igualdad, entendida en estos términos, puede fácilmente convertirse en un principio homogeneizador. Como lo advierte Hannah Arendt, en una argumentación que, desde esta perspectiva bien podría relacionarse con las observaciones de Deleuze,

Equality of condition, though it is certainly a basic requirement for justice, is nevertheless among the greatest and most uncertain ventures of modern mankind. The more equal conditions are, the less explanation there is for the differences that actually exist between people; and thus all the more unequal do individuals and groups become (...) Whenever equality becomes a mundane fact in itself, there are ninety-nine chances that it will be mistaken for an innate quality of every individual, who is 'normal' if he is like everybody and 'abnormal' if he happens to be different<sup>44</sup>.

En contraste con esta perspectiva, las críticas de Deleuze se constituyen en una invitación a pensar los derechos humanos de otra forma. Una forma que bien podría ser llamada una noción jurisprudencial de los derechos humanos que interpreta de forma diferente a la igualdad y, también, a la idea de tener los mismos derechos. Esta forma por lo menos debería incluir el fortalecimiento total de las cortes internacionales de justicia dedicadas a la protección y promoción de los derechos humanos.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARENDR, Hannah. (1979) *The Origins of Totalitarianism*. New York: Harcourt Brace.
- BECCARIA, Cessare, (1819), *An Essay on Crimes and Punishment he Right to Punish*, Harvard Law School, Boston.
- DELEUZE, G. (1995) *Negotiations 1972–1990* (trans. Martin Joughin). Columbia: University of Columbia Press.
- DELEUZE, G. (1996) *ABC with Claire Parnet*, Directed by Pierre-André Boutang (1996), Overview prepared by Charles J. Stivale.
- DELEUZE, G. and Guattari, F. (1994) *What is Philosophy?* (trans. Hugh Tomlinson and Graham Burchell). New York: Columbia University Press.
- LINDGREN, Jose. (2000). *The Declaration of Human Rights in Postmodernity*, in *Human Rights Quarterly* 22 (478–500).
- LEFEVBRE, Alexandre. (2005). *A New Image of Law: Deleuze and Jurisprudence*. *Telos* 130, (152-175).

---

44 Arendt, Hannah, *The Origins of Totalitarianism*. New York: Harcourt, 1979, p. 54.

- LEFEVBRE, Alexandre (2006). *Habermas and Deleuze on Law and Adjudication*. *Law Critique*, 17, (389-414).
- LEFEVBRE, Alexandre. (2008) *The Image of Law. Deleuze, Bergson, Spinoza*. Stanford University Press.
- PATTON, Paul (2000). *Deleuze and the Political*, Routledge. New York.
- PATTON, Paul. (2005) *Deleuze and Democracy*, in *Contemporary Political Theory*, 4 (400-413).
- PATTON, Paul. (2007). *Deleuze and Derrida on the Concept and Future of Democracy*, *Distinktion* No. 15 (7-23).
- STIVALE, Charles, (1996), *ABC with Claire Parnet*, disponible en : <http://www.generation-online.org/p/fpdeleuze10.htm>.



Autora: Adriana Botero Martínez

Título: Kafka psico

Técnica: Collage sobre madera  
con intervención digital

Dimensión: 32 x 32

Año: 2007

## ***EL (NEO) CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO: UNA REPRESENTACIÓN IDEOLÓGICA DEL DERECHO\****

- 
- \* Artículo final del proyecto de investigación “Las representaciones teóricas, legales y judiciales del derecho en Colombia”, inscrito en la Convocatoria de Pequeños Proyectos de Investigación, año 2009, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Esta investigación forma parte de las actividades del Semillero y de la Línea de Investigación en Filosofía del Derecho, del Grupo de Investigación ‘Saber, poder y derecho’, de la referida Facultad.

Fecha de recepción: septiembre 4 de 2010

Fecha de aprobación: octubre 26 de 2010

## **EL (NEO) CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO: UNA REPRESENTACIÓN IDEOLÓGICA DEL DERECHO**

*Dúber Armando Celis Vela\*\**

### **RESUMEN**

El presente artículo describe las consecuencias que produce el (neo) constitucionalismo sobre la práctica del derecho. En efecto, se analiza el discurso que sostiene la crisis del positivismo jurídico y se reconstruye el proceso teórico y práctico de la constitucionalización del ordenamiento jurídico. Además, se propone que en un contexto (neo) constitucional, el uso del derecho depende de una representación jurídica que articula los hechos y las normas en función de intereses concretos. Esta situación coincide con una imagen dúctil y flexible de la práctica jurídica, en la cual, el (neo) constitucionalismo se consolida como una ideología sobre el papel que debe desempeñar el derecho en la sociedad.

**Palabras Clave:** Práctica jurídica, (neo) constitucionalismo, positivismo jurídico, representación.

## **THE COLOMBIAN (NEO) CONSTITUTIONALISM: AN IDEOLOGICAL REPRESENTATION OF THE LAW**

### **ABSTRACT**

The present article describes the consequence that produces (neo) constitutionalism in law practice. In effect, is analyzed the discourse that holds the crisis of the legal positivism and is reconstructed the theoretical and practical process of the constitutionalization of the legal system. As well, it is proposed that in a (neo) constitutional context, the use of law depends of a legal representation that articulates facts and norms in function to specific interests. This situation coincides with a ductile and flexible image of the legal practice, in which, (neo) constitutionalism is consolidated how an ideology about the role that law should carry in the society.

**Keywords:** Legal practice, (neo) constitutionalism, legal positivism, representation.

---

\*\* Estudiante de Derecho, 8° semestre, facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.



# EL (NEO) CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO: UNA REPRESENTACIÓN IDEOLÓGICA DEL DERECHO

## 1. INTRODUCCIÓN: LAS NARRATIVAS (NEO) CONSTITUCIONALES.

El (neo) constitucionalismo puede situarse en un contexto pospositivista porque centra su interés en el análisis de la práctica jurídica y del razonamiento judicial a partir de principios constitucionales que, un sector de la iusteoría contemporánea, ha desarrollado en sustitución al positivismo jurídico del siglo XX. Aunque esta premisa ha sido respaldada por el (neo) constitucionalismo, conviene reconocer, por lo menos, la existencia de dos tendencias de pensamiento jurídico. Por un lado, se acepta un cambio radical, puesto que el iuspositivismo resulta insuficiente para explicar las nuevas realidades jurídicas (Faralli, 2007: 14)<sup>1</sup>. En este sentido, Atienza y Ruiz Manero (2007: 25-26) consideran que el positivismo jurídico ha agotado su ciclo histórico, pues no reconocer al derecho como una práctica social compleja, lo inhabilita para participar, dar cuenta y operar dentro de la nueva realidad del Estado constitucional. Por otro lado, se considera que el constitucionalismo es el positivismo jurídico de nuestros días con un objeto parcialmente modificado (Comanducci, 2005:88 y Moreso, 2003: 269).

Al margen de pensar en el (neo) constitucionalismo como la cumbre del positivismo jurídico o el abandono de una forma de comprender al derecho, conviene aceptar que este paradigma da cuenta de los cambios sustanciales en los modelos de Estado y derecho contemporáneos. Por ende, a partir la situación teórica descrita, se pretende hacer un análisis de las *prácticas jurídicas*<sup>2</sup> producidas en Colombia desde la recepción del (neo) constitucionalismo en la Constitución Política de 1991. Asimismo, se busca

---

1 Faralli contrapone la teoría (neo)constitucionalista al positivismo jurídico y sitúa esta transformación conceptual en la crítica de Ronald Dworkin (1977) a Herbert Hart y en la apertura del derecho a los hechos institucionales en la obra de Ota Weinberger y Neil MacCormick (1986).

2 La práctica jurídica es un concepto que, en el presente texto, incluye toda actividad de conocimiento, discusión, creación, aplicación, interpretación, teorización y ejercicio del derecho. Esta idea es una consecuencia de la revisión a las relaciones entre teoría y praxis, elaborada por Wittgenstein, a partir del concepto “juegos de lenguaje”. En filosofía, Wittgenstein (1988) propone que hablar un lenguaje es una práctica basada en la acción de seguir reglas. Este hecho supone un contexto que fija tanto los contenidos como los criterios de tal seguimiento; así, toda práctica es considerada como una práctica social. Por tanto, el concepto de práctica jurídica es usado para aludir a las actividades que se hacen con el derecho.

comprender e identificar sus efectos jurídicos, políticos y filosóficos en la interpretación de las normas, en la doctrina de los juristas y en las prácticas institucionales del derecho.

Para desarrollar el objetivo propuesto, inicialmente, (I) se hará una descripción general del contexto iusteórico contemporáneo para (a) relacionar las circunstancias jurídicas que conducen a una revisión crítica del positivismo jurídico y (b) desarrollar las ideas que justifican la constitucionalización del ordenamiento jurídico. Posteriormente, (II) se señalarán las consecuencias que tiene sobre las prácticas jurídicas una teoría (neo) constitucional atendiendo a (a) la formación discursiva del derecho y, (b) su estructura dúctil y flexible. La tesis que se sostendrá consiste en proponer que un esquema (neo) constitucional provoca representaciones transitorias y provisionales del derecho.

En la actualidad, muchos iusteóricos defienden o añoran un positivismo jurídico de estructuras normativas estables, interpretaciones fijas y definitivas. Esta imagen del derecho contrasta con una concepción reciente y de amplia aceptación teórica, desarrollada desde principios generales y posiciones flexibles, en la cual, la argumentación jurídica soporta una perspectiva independiente del ordenamiento jurídico y los sujetos mantienen cierto grado de apertura en las interpretaciones. Las decisiones administrativas, legislativas, judiciales y dogmáticas han ido perdiendo su talante inamovible, para darle paso a interpretaciones maleables y sustentadas en argumentos morales o en el discurso de los derechos fundamentales que exige la consolidación y práctica de una cultura jurídica diferente.

Con independencia de que el (neo) constitucionalismo sea presentado como la continuación o la ruptura del iuspositivismo, cabe admitir que la transformación del Estado y del ordenamiento jurídico demandan una renovación en las prácticas del derecho. La existencia de una sociedad posindustrial (Touraine: 1969), el impacto que tiene la economía global sobre la democracia y el Estado (Habermas, 2000) y la necesidad de crear condiciones para la vigencia de los derechos, exigen un pensamiento jurídico que esté más asociado a ciencias sociales como la economía, la sociología, la filosofía política y moral. El intérprete del derecho ya no es un lexicógrafo de los textos normativos que mantiene absorto en el espejismo de las ciencias jurídicas. En este contexto, la articulación e interpretación de las disposiciones normativas va acompañada de discrepancias fundamentales frente a la función social, económica y política que desempeña el derecho. Así, acuerdos y desacuerdos sobre derechos o prácticas carentes de una teoría completa, permiten la construcción de un orden constitucional, en el cual, personas de diversas sociedades pueden trabajar juntos en términos de respeto mutuo (Sunstein, 2010:228).

Desde la perspectiva expresada, no se pretende adoptar una teoría del derecho, tampoco hacerle apología al (neo) constitucionalismo, pues sostiene posiciones

teóricas y políticas que serán criticadas en su momento. Como ya se ha sugerido, se tratará de elaborar criterios que permitan, de alguna manera, describir una representación posible del derecho en Colombia durante los últimos veinte años. Por tanto, se proponen hipótesis de análisis para el quehacer judicial, teórico, político y filosófico del derecho en el Estado constitucional contemporáneo, incluso, se examinan algunas instituciones jurídicas relevantes para determinar su alcance normativo, hacer comentarios críticos y posibilitar una comprensión general de la práctica jurídica en la época contemporánea.

## 2. POSITIVISMO JURÍDICO VERSUS (NEO CONSTITUCIONALISMO: APROXIMACIÓN AL CONTEXTO IUSTEÓRICO CONTEMPORÁNEO.

El (neo) constitucionalismo ha modificado la concepción del Estado, la jurisprudencia, la teoría, la dogmática y el ejercicio del derecho. Esta transformación puede sintetizarse, en los planteamientos de Zagrebelsky (2007: 21-45), cuando describe el tránsito del Estado legislativo al Estado constitucional y destaca, como hechos que sustentan el cambio de paradigma, la existencia de principios materiales de justicia en las constituciones, la multiplicidad y la especialización normativa, la desaparición de la generalidad y abstracción de la ley, la pérdida del monopolio legal y la creciente conflictividad social. En esta perspectiva, puede sostenerse que el desajuste entre los modelos estatales ha generado dificultades conceptuales para el positivismo jurídico porque la idea de una Constitución abierta y que armoniza con principios o valores, ampara el fundamento de un proyecto político que busca la transformación social.

La identificación que Zagrebelsky hace entre positivismo jurídico y Estado legislativo reduce los alcances de esta teoría del derecho y puede conducir a equívocos, pues hace imputaciones genéricas que no siempre corresponden con la tesis del positivismo jurídico del siglo XX. Asimismo, cabe advertir, en sentido crítico, que Zagrebelsky asimila su representación del iuspositivismo con el concepto de positivismo ideológico descrito por Bobbio (1998: 143). El positivismo jurídico no sostiene todas las tesis que Zagrebelsky le atribuye, puesto que desconoce la evolución histórica de sus presupuestos teóricos en el siglo XX. Según Bobbio, no ha existido una teoría que reúna las características del positivismo ideológico<sup>3</sup>;

---

3 Bobbio diferencia entre positivismo ideológico extremo y moderado. El extremo se caracteriza porque existe un deber absoluto o incondicionado, moral y jurídico de obedecer la ley que es considerada como la única fuente de derecho y el criterio para la valoración del comportamiento social de los hombres. El moderado se caracteriza porque el derecho tiene un valor independiente de su contenido, pues representa un medio para

de esta forma, resulta bastante cómodo, desde un plano argumentativo, revivir las tesis del positivismo clásico para criticar las insuficiencias del iuspositivismo ante la complejidad creciente del derecho actual. La reconstrucción del positivismo jurídico hecha por Zagrebelsky, refleja la influencia que tiene una representación del derecho al momento de articular y ordenar intereses teóricos en función de un sistema constitucional del derecho.

Desde el (neo) constitucionalismo se ha justificado la formación de discursos jurídicos que problematizan las prácticas institucionales del derecho positivo e introducen nuevas estructuras conceptuales para expresar dinámicas flexibles y complejas en el fenómeno de la juridicidad. Este hecho ha suscitado enfrentamientos teóricos y axiológicos que someten a prueba el iuspositivismo al momento de responder a las nuevas realidades jurídicas de una sociedad plural y dinámica. La divulgación de ideas antipositivistas ha sido acompañada por la reivindicación del activismo judicial, por los derechos entendidos como principios materiales y por la construcción de un nuevo concepto de sistema jurídico. En consecuencia, el debate iusteórico contemporáneo, entre otros discursos, ha centrado su reflexión en (a) la revisión crítica del iuspositivismo y en (b) la constitucionalización del ordenamiento jurídico.

#### **a. REVISIÓN CRÍTICA DEL POSITIVISMO JURÍDICO: DESDE LA DETERMINACIÓN DE LA LEY A LA INCERTIDUMBRE DEL JUEZ**

El positivismo jurídico, formado al amparo del Estado legislativo y desarrollado en lúcidas teorías durante el siglo XX, se sustenta en un modelo de regulación que expresa certeza y previsibilidad frente a los efectos jurídicos de normas, hechos y actos jurídicos. La actividad del legislador, tiende a la construcción de un sistema jurídico general y coherente, en el cual, los juristas introducen soluciones lógicas para conflictos normativos que armonizan con la exigencia de un razonamiento inspirado en los presupuestos teóricos y metodológicos de la filosofía analítica. El iuspositivismo también se ha ocupado de las situaciones constitucionales que reclaman un nuevo tratamiento teórico. En este sentido, Martínez (2007) realiza un análisis lógico de los conflictos constitucionales a través de un riguroso estudio conceptual, metodológico y normativo de la ponderación.

---

realizar un orden determinado y la ley es la forma más perfecta de derecho que se define por la generalidad y la abstracción. (Bobbio, 1998: 229-235).

Desde el positivismo metodológico, con sentido crítico, se han señalado los problemas de identificación de principios, las dificultades de justificación de las reglas de precedencia en la ponderación y, al mismo tiempo, se han enfrentado problemas teóricos a través de modelos de análisis lógico de sistemas normativos (Martínez, 2007). Sin embargo, esto no ha sido suficiente para demostrar que el iuspositivismo es una concepción válida del derecho en el contexto constitucional contemporáneo. La inserción en el sistema jurídico de contenidos materiales y abiertos ha generado ataques al concepto positivista de derecho, hasta el punto que los críticos ponen en duda su viabilidad<sup>4</sup>. Conviene subrayar que una objeción general y abstracta, puede tornarse en especulación metafísica debido a que omite la pluralidad de tendencias que se asocian en la impronta positivismo jurídico. En este sentido, se analizan algunas críticas formuladas al iuspositivismo para confrontar la capacidad de respuesta que posee frente a las exigencias del derecho actual.

El Estado legislativo se configuró bajo el principio de legalidad. La ley llegó a ser una voluntad soberana, capaz de imponerse incondicionalmente sobre la sociedad como única fuente de derecho. Esta fuerza normativa y absoluta se originaba en el acto deliberado e irresistible de una asamblea, cuya potestad política era decidir unilateralmente los asuntos de la sociedad. Tales premisas hicieron posible el imperio de la ley; así, la creación del derecho fue un proceso abstracto, predictivo, universal y atemporal. Dicho modelo de Estado se fundó en un concepto de soberanía exclusiva, excluyente y simplificadora porque pretendía alcanzar la unidad política. La soberanía era una situación eficiente de fuerza material empeñada en construir y garantizar su supremacía (Zagrebelsky, 2007: 9-20).

El legicentrismo, producto de la concentración de las fuentes del derecho en el Estado, se justificó en el contexto histórico de la codificación del ordenamiento jurídico, pues se buscaba consolidar un proceso de unificación nacional. Esto condujo a la eliminación de un derecho basado en costumbres y en leyes naturales, pues su dependencia de la moral y la política trató de suprimirse para no caer en problemas metafísicos. Sin embargo, no puede afirmarse que el surgimiento del positivismo jurídico obedezca, en sentido estricto, a las circunstancias descritas, pues en él coexisten y confluyen una variedad de motivaciones y problemas que fueron objeto de gran interés para la escuela histórica alemana, la exégesis francesa y el utilitarismo inglés.

El modelo expuesto, en cierta medida, está sujeto al positivismo ideológico y ha sido cuestionado de tal forma que, en la iusteoría contemporánea, ha prevalecido

---

4 Atienza y Ruiz Manero (2007:26) proponen dejar atrás el positivismo jurídico porque no considera al derecho como una práctica social; en efecto, piensan que el derecho es una actividad en la cual se participa y que el jurista contribuye a desarrollar.

la construcción de otro paradigma llamado (neo) constitucionalista (Atienza, 2006: 44). Esta tendencia, iniciada en el contexto anglosajón, afirma la existencia de principios jurídicos que van más allá del derecho estatuido y promueve la defensa de valores en el ordenamiento jurídico (Dworkin, 1976: 28). El origen de los principios no reside en la decisión de una asamblea o tribunal, puesto que son producto de la convivencia histórica de una sociedad y hacen parte del derecho vigente. Estas condiciones iusteóricas exigen formas de razonamiento como la ponderación para resolver colisiones entre principios (Dworkin, 1976: 26; Alexy, 2002: 89) o procedimientos interpretativos para determinar el contenido de los derechos vinculantes para el legislador (Bernal Pulido, 2003: 75).

Aunque la ponderación o el principio de proporcionalidad requieren de sofisticadas estructuras racionales y argumentativas, nada impide que sea un individuo quien valora el hecho jurídico y decide desde una representación concreta del caso y del derecho. En efecto, el razonamiento jurídico adquiere dimensiones éticas y políticas, tanto en el legislador como en el juez, así estén orientados por criterios de coherencia valorativa con el fin de mantener su compromiso constitucional. En este caso, el derecho se convierte en una realidad social que desborda la legalidad positiva, en tanto que la ciencia jurídica cumple un papel comprensivo, reconstructivo, práctico y justificativo del derecho<sup>5</sup>.

En la actualidad, el Estado legislativo, como forma de organización política, se ha erosionado. La pulverización del derecho legislativo, la multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal, la contractualización de los contenidos legislativos, la heterogeneidad de valores e intereses expresados en la ley, el enfrentamiento de poderes económicos y sociales y las coaliciones legislativas de intereses, han provocado una pluralidad de ordenamientos que coexisten con el derecho estatal y no aceptan una posición de segundo grado (Zagrebelsky, 2007: 37). Del mismo modo, aparecen otras formas de producción del derecho, como consecuencia de luchas y prácticas económicas independientes. Esto confirma que el derecho es un acuerdo, producto de intereses dominantes, necesidades, reivindicaciones y confrontaciones, tanto sociales como económicas.

La teoría del derecho, después de Hart, también se ha pulverizado<sup>6</sup>. Las representaciones teóricas del iusnaturalismo, iuspositivismo y iusrealismo han asistido a su progresiva disolución. Por consiguiente, se han construido nuevos paradigmas

---

5 Una manifestación en Colombia de esta forma de investigación se encuentra en la obra del profesor Diego Eduardo López Medina. Véase la *Teoría impura del derecho* y *El derecho de los jueces*. Estos discursos han participado en el desarrollo de la cultura jurídica del país.

6 Este término es de Gustavo Zagrebelsky (2007: 37).

explicativos del derecho que, a diferencia del enfoque tradicional, abordan problemas especializados, fragmentados, variados y fluidos como respuesta a la crisis del modelo positivista pregonada por el (neo) constitucionalismo (Faralli, 2007: 12-13). Si bien el iuspositivismo se ha renovado durante el siglo XX, es necesario admitir que en su establecimiento histórico hizo una representación formal del derecho, es decir, trató de asumirlo como una estructura normativa independiente de contenidos materiales. Esta situación, además, expresa la influencia de los científicos sociales del siglo XIX, quienes sostuvieron el carácter avalorativo de la ciencia social.

Kelsen y Hart, como figuras sobresalientes del positivismo durante el siglo XX, abordaron polémicos temas sobre el derecho existente y trataron de asumirlo como una categoría autónoma frente a la moral y la política. Kelsen (2005), desde una inspiración neokantiana, plantea para una teoría del derecho que toda norma encuentra su criterio de pertenencia al ordenamiento jurídico en una norma fundamental. De esta manera, la validez define la juridicidad de las normas y, asimismo, la iusteoría queda libre de cualquier influencia moral, histórica, política, económica o sociológica. Hart (1998), en una concepción que contrasta con el pensamiento kelseniano, no propone un reduccionismo normativo del derecho, pues ve el mecanismo de formación de la norma como un proceso completo, en el cual, tiene papel fundamental la actividad de los intérpretes del derecho. Hart consigue, a diferencia de lo hecho por Kelsen, combinar el hecho social, el análisis hermenéutico y la filosofía del lenguaje, para fundar una teoría del derecho que evoluciona los postulados del positivismo jurídico. Así, la relevancia de los contenidos abiertos permite tener en cuenta no sólo aspectos formales, sino filosóficos y lingüísticos en el concepto de derecho.

Una de las críticas al positivismo jurídico proviene de la separación entre el derecho y la moral porque no hay un nexo conceptualmente necesario. El asunto de la normatividad del derecho, entendido como el de su valor moral, no es considerado por el iuspositivismo como una cuestión del derecho, sino de la filosofía moral. Plantear el problema de la obligación moral del derecho es un tema que carece de sentido para la teoría del derecho, razón por la cual es necesario diferenciar entre obligaciones morales y obligaciones jurídicas (Bulygin, 2004: 16-17). Sin embargo, ante el problema de la moral, las teorías positivistas contemporáneas se han dividido entre las que no admiten la incorporación de criterios morales en la definición del derecho y las que sí. Estas tendencias se han denominado positivismo excluyente e incluyente respectivamente.

El positivismo excluyente sostiene que las normas creadas por la autoridad competente deben ser aceptadas sin que sea necesario recurrir a argumentos morales. De esta forma, la moral no participa en la determinación de existencia o contenido

del derecho. El positivismo incluyente, toma como punto de partida la concepción hartiana del derecho (Hart, 2000: 51) y, sin abandonar la tesis positivista de la separación, admite el establecimiento de criterios morales para determinar la validez de normas jurídicas de forma contingente. Cabe aclarar que, en este caso, la juridicidad de la norma no depende de su adecuación a un argumento moral, pues para Hart no hay una conexión conceptual necesaria entre derecho y moral.

Una crítica en abstracto al positivismo puede derivar en una refutación apriori, esencialista y metafísica. El derecho y su teorización es resultado de decisiones que satisfacen necesidades e intereses concretos. La posición del positivismo incluyente ha sido criticada por positivistas y por antipositivistas. Los positivistas en una posición ambivalente, rechazan la incorporación de criterios morales e indeterminados en el ordenamiento jurídico porque se lesiona la certeza jurídica, que también se puede considerar como un valor. Los antipositivistas, plantean que tal reinención del iuspositivismo contradice teorías fundamentales como la Constitución del derecho por reglas y el modelo de subsunción. Sin embargo, al margen de las críticas relacionadas, el positivismo incluyente tiene preocupaciones que se conectan al (neo) constitucionalismo en cuanto que permiten la presencia de criterios morales para la identificación de una norma jurídica.

El (neo) constitucionalismo y el iuspositivismo no pueden invocar para sí, un purismo conceptual polarizado y excluyente. Al contrario, la controversia teórica, jurídica y filosófica de los últimos años se ha enriquecido por la pluralidad de posiciones, coherentes o contradictorias, que constituyen a estos paradigmas de pensamiento jurídico. De hecho, en estas etiquetas se asocian aspectos tan generales del derecho que, en ocasiones, impiden su delimitación conceptual, de modo que no es posible reconocer la existencia de una oposición radical. Ignorar esta situación hace que el debate académico se convierta en un juego de suma cero, donde el iuspositivismo le reprocha al (neo) constitucionalismo su tendencia iusnaturalista y, al mismo tiempo, el (neo) constitucionalismo acusa al iuspositivismo de un formalismo ortodoxo que concierne al positivismo ideológico. Así, una crítica general al iuspositivismo, hasta anunciar el fin de su ciclo histórico, sólo se puede justificar con reducciones y simplificaciones teóricas.

## **b. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO**

En la actualidad, los ordenamientos democráticos y constitucionalizados asumen una estructura jurídica e institucional que busca limitar los poderes del Estado y proteger derechos fundamentales positivizados. Como proyecto jurídico y político, esta estructura se configuró en la segunda posguerra, cuando la Constitución dejó de tener un carácter orgánico y procedimental en la asignación



de competencias estatales, para convertirse en una norma jurídica vinculante y superior a las del resto del ordenamiento. Una oleada de constituciones, tanto europeas como latinoamericanas<sup>7</sup>, evidencia la introducción de importantes elementos sustantivos como principios, derechos, valores o bienes constitucionales que, enriquecidos con los fines del Estado social, inciden en la concepción y el diseño de las sociedades a las cuales se aplican y, al mismo tiempo, cambian considerablemente las prácticas jurídicas en la época contemporánea. A estos aspectos, profundizados por el surgimiento y la recepción del derecho internacional de los derechos humanos, se agrega la creación de tribunales constitucionales con funciones de garantía frente a los derechos que han generado novedosas prácticas jurisprudenciales al modificar la función judicial y llevar al límite las relaciones entre derecho y política.

Nuevas exigencias teóricas, filosóficas y judiciales, como el catálogo de derechos constitucionales y la transformación del sistema de fuentes del derecho, implican un cambio revolucionario que es inherente al (neo) constitucionalismo. En efecto, hay una profunda rematerialización del derecho porque adquiere importancia, tanto el contenido como la valoración moral, cuando se sobreponen a la perfección formal del derecho. Este intento de “remoralizar” el derecho se ha realizado desde una multiplicidad de perspectivas axiológicas en el (neo) constitucionalismo (Alfonso, 2008: 11). Como concepto, suscita muchas inquietudes, sin embargo, en Latinoamérica y en Colombia existen iusteóricos como Arango (2005) o García Villegas (2006: 226), entre otros, que comprenden la Constitución como la posibilidad de impulsar un proyecto que garantice la vigencia de los derechos sociales.

Junto a las circunstancias históricas e institucionales que han acompañado la consolidación del (neo) constitucionalismo, es necesario destacar la *constitucionalización del ordenamiento jurídico* como una de sus consecuencias más importantes. En términos de Guastini (2001: 153), “*un ordenamiento constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales*”. En una interpretación matizada, este concepto indica que el derecho positivo debe leerse a la luz de la Constitución. En esta dirección, en Colombia se ha generado una progresiva constitucionalización del ordenamiento jurídico a la luz de la Constitución de 1991 y la actividad judicial de la Corte Constitucional.

---

7 Entre las más importantes se pueden destacar las constituciones italiana (1948), alemana (1949), española (1978), brasileña (1988) y colombiana (1991).

Con el fin de graduar el fenómeno de la constitucionalización, Guastini ha construido siete condiciones que debe satisfacer un ordenamiento jurídico para que pueda considerarse impregnado de las normas constitucionales. En efecto, es necesario que más o menos exista, (I) una Constitución rígida que incorpore derechos fundamentales, (II) garantía jurisdiccional de la Constitución, (III) fuerza vinculante, (IV) sobreinterpretación (V) aplicación directa, (VI) adecuación de las leyes con las normas constitucionales y, finalmente, (VI) influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas (Guastini, 2001: 155-163).

Entre las condiciones mencionadas por Guastini, resaltan de modo principal y genealógico, dos aspectos que han posibilitado la constitucionalización del ordenamiento. Por un lado, se encuentra la incorporación de derechos fundamentales y bienes constitucionales “expresos o implícitos”, con mecanismos procesales que posibilitan la aplicación directa de la Constitución. Este hecho supone la idea de un ordenamiento jurídico con primacía constitucional y garantizado por procedimientos judiciales que limitan las competencias de los poderes en el Estado. Esta primacía judicial de la interpretación constitucional, propia de un contexto (neo) constitucional, ha sido criticada por una corriente de pensamiento jurídico llamada “constitucionalismo popular”<sup>8</sup>.

El constitucionalismo popular propone el desmonte de la supremacía judicial por la necesidad de defender la legitimidad del pueblo en el esfuerzo por definir los límites y los alcances de la Constitución. La legitimidad de los tribunales constitucionales, cuyo cuestionamiento se remonta hasta el caso *Marbury versus Madison*, supone profundas limitaciones a la democracia porque retorna a un modelo elitista, en el cual, un selecto grupo de juristas decide el derecho en concreción del principio *iura novit curia*. En este sentido, Waldrom (2005: 319-321) también desaconseja el control judicial de las leyes ante un juez que se muestra como experto conocedor de la Constitución porque el contenido y la forma de los derechos individuales están sujetos a desacuerdos irresolubles y continuados.

Rincón refuta la posición que cuestiona la legitimidad de los tribunales constitucionales con sustento en una democracia puramente electoral, porque el sufragio universal no es la única fuente de legitimidad y porque la voluntad de los representantes también está sometida a desacuerdos y condicionamientos sociales, individuales y políticos (Rincón, 2008: 121). Así, se reivindica la legitimidad de

---

8 Las principales ideas del constitucionalismo popular, en materia de interpretación, son sintetizadas por el profesor Javier Rincón Salcedo con el propósito de refutar sus tesis y abogar por una forma de constitucionalismo popular expresivo que le otorga importancia a la opinión pública en materia de interpretación constitucional (Rincón, 2008).

los tribunales constitucionales sin contraponerla a la legitimidad democrática de fundamento electoral y popular. Si bien las constituciones recogen los compromisos y promesas realizadas en un momento determinado de su historia social, es necesario disponer de mecanismos judiciales que expresen la continuidad y que actualicen el contenido de los derechos.

La paradoja de la democracia consiste en que cada generación, a través de asambleas constituyentes, quiere ser libre para atar a sus sucesoras al tiempo que rechaza ser atada por sus predecesoras (Elster, 2002: 137). Impedir que se desborden o, en su defecto, desbordar los compromisos constitucionales realizados en un momento histórico determinado, es una de las preocupaciones que tiene una sociedad. La generalidad de las disposiciones constitucionales hace que el alcance de sus normas esté sometido a intensos desacuerdos sociales. Sin embargo, en este contraste de posiciones, es necesario analizar el papel de los precompromisos constitucionales para habilitar modificaciones posteriores o considerar la posibilidad de que una minoría de juristas impida que la mayoría democrática vulnere derechos constitucionalmente protegidos.

La pretensión de atar a la sociedad, a través de la Constitución, podría tener efectos contrarios. De hecho, la Constitución, más que un acto de restricción de una sociedad, puede ser una forma de atar y restringir a generaciones futuras (Elster, 2002: 115-119). La defensa de una Constitución, o su reforma, es un problema discutible desde una perspectiva política, teórica y normativa. Así, el concepto de Constitución defendido por los (neo) constitucionalistas supone que el poder constituyente o derivado es imparcial y que se guía por un interés general al momento de consagrar derechos; en efecto, se desconoce que la Constitución también obedece a un acuerdo de intereses políticos, económicos y sociales de una época determinada. Por tanto, algunas tesis (neo) constitucionalistas cuestionan y limitan la racionalidad instrumental del legislador para presumirla en el constituyente y, en algunos casos, pueden caer en la defensa de la Constitución por la Constitución misma.

La orientación jurídica esbozada se sustenta en el constitucionalismo de los derechos y, a diferencia del derecho constitucional tradicional, conjuga la existencia de directrices fundamentales y mecanismos de protección (Prieto Sanchís, 2004: 48-49). En este contexto, la garantía jurisdiccional de la Constitución implica la jerarquía normativa y la efectiva primacía de la Constitución sobre las otras normas del ordenamiento. La Constitución no sólo ha subordinado el ordenamiento jurídico, sino que ha influenciado procesos estrictamente políticos al convertirse en el soporte institucional para impulsar un proyecto de emancipación que busca superar la brecha entre deseos constitucionales y realidades sociales.

En Colombia, defensores de esta posición han sido complacientes con el activismo de la Corte Constitucional ya que su interpretación de los derechos fundamentales

ha sido vista como una estrategia de cambio social que contrasta con la ineficacia de los otros poderes públicos (Uprimny, 2006: 127-151). Una suerte de vacío de poder y diseño institucional llevó al polémico fortalecimiento de la doctrina constitucional en la escena política, que condujo a la creación inevitable del derecho judicial por parte de la Corte Constitucional colombiana. Sin embargo, no puede pretenderse que la función judicial constituya la solución a los problemas sociales originados y perpetuados por el fracaso político de instancias gubernamentales o administrativas. Además, esta situación se profundiza, en el caso colombiano, por la existencia de una soberanía disputada y un estado de guerra que se desdobra en la confrontación de la insurgencia y una contrainsurgencia, tanto política como privada e ilegal (Uribe, 2005: 252).

La excesiva participación de la Corte Constitucional en la garantía de los derechos, un poco en contra del optimismo (neo) constitucionalista, evidencia la poca eficacia que posee la Constitución, es decir, al margen de la retórica emocional de los principios, no tiene la suficiente capacidad regulatoria frente a la actividad administrativa, empresarial y social. La ineficacia de los derechos sociales ha demostrado que la equidad y la riqueza no se decretan y que, por tanto, el Estado constitucional es incompleto, inconcluso o fallido. Además, se encuentra abocado a una legitimación fáctica, no sólo jurídica o contractualista, que fluye entre las vicisitudes de la sociedad contemporánea y depende de decisiones de política económica y social. Esta situación, en el caso colombiano, tiene como estructura de fondo, el contraste que existe entre el activismo judicial y el hiper-presidencialismo, que se profundiza cuando las reformas constitucionales hacen generosas transferencias de poder al ejecutivo.

Bernal Pulido relaciona cómo la Constitución no especifica métodos para obtener progreso y bienestar. En un ámbito global, la Constitución es incapaz de resistir y deja un vacío que pone en riesgo las libertades individuales. Al responder a problemas económicos, sociales o políticos que exigen una intervención legislativa o administrativa, el activismo judicial termina por desestructurar al Estado (Bernal, 2005: 238). Tal vez, los (neo)constitucionalistas alineados en causas progresistas no hayan pensado exhaustivamente que los derechos, valores o fines de la Constitución están sujetos al modelo económico que, finalmente, determina las condiciones de posibilidad para protección de los individuos; no hacerlo, supone aceptar que la garantía otorgada a la Constitución es una actividad simbólica.

La confrontación al (neo) constitucionalismo en Colombia debilitó el activismo redistributivo que caracterizó los años noventa. *“En respuesta a las críticas de los economistas y a diversos intentos del Gobierno por suprimir parte de los poderes de la Corte Constitucional, esta última moderó su jurisprudencia activista y viró*

*hacia un enfoque más consensual de protección de los derechos constitucionales*” (Rodríguez, 2008: 69). En este sentido, se ha buscado reducir el antagonismo entre juristas y economistas para encontrar formas coordinadas de desarrollar los compromisos constitucionales. No obstante, la lógica expansiva del poder económico en el mercado hace que los derechos sociales se comporten como “cláusulas dormidas”<sup>9</sup> en la Constitución. En contextos profundamente desiguales y de concentraciones intensas del poder político, otorgarle a los individuos el derecho a la propiedad, al trabajo o a la vivienda digna es el sueño metafísico del constituyente o un paraíso de utopías para el (neo)constitucionalismo porque la eficacia de la Constitución implica una plataforma económica y un compromiso político y social decidido.

El (neo) constitucionalismo ha provocado avances en todos los campos del derecho. Sin embargo, voces críticas de esta tendencia destacan que las exigencias normativas del principio de legalidad y del Estado de derecho se han debilitado. Por tal motivo, la crítica al gobierno de los jueces ha tomado fuerza porque representa un retroceso hacia vetustas formas del gobierno de los hombres (Laporta, 2007). El protagonismo de los principios lleva a la configuración de un “derecho del caso” que, con el auspicio de una jurisprudencia importada, estimula el decisionismo judicial e intensifica la discrecionalidad en todas las esferas del derecho. Así, la disminución del grado de certeza del derecho, derivada de la técnica de “ponderación” de los principios constitucionales y la interpretación moral de la Constitución, se ha convertido, en términos de Comanducci (2005: 91), en una de las consecuencias más peligrosas del (neo)constitucionalismo ideológico.

A partir de la distinción que establece Bobbio (1998) entre positivismo ideológico, teórico y metodológico, Comanducci hace una extensión análoga al (neo) constitucionalismo para posibilitar una amplia y aguda comprensión de la producción iusteórica en torno a las constituciones contemporáneas. En efecto, propone que hay un uso ideológico del (neo) constitucionalismo cuando no se limita a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que se valoran positivamente y se propugna por su defensa y ampliación (Comanducci, 2005: 85). El (neo) constitucionalismo ideológico, en contraste con el déficit relativo de (neo) constitucionalismo teórico en Colombia, empezó a usarse a partir de la Constitución de 1991, para valorar e impulsar la defensa de sus valores constitucionales. Por consiguiente, el ordenamiento jurídico colombiano comenzó a ser articulado a partir de una interpretación general y emotiva que reconstruye los fundamentos políticos y morales de la Constitución y que se ha institucionalizado en el poder judicial.

---

9 El término es de Roberto Gargarella (2009).

En este sentido, la Corte Constitucional no ha renunciado a introducir concepciones sobre la justicia y la política en la aplicación de las normas. La imagen utópica de un juez objetivo, trazada por el racionalismo ilustrado, ha sido robustecida para el juez constitucional y desdibujada para los demás. La justificación de inclinaciones ideológicas o de opciones interpretativas se ha soportado en la construcción de teorías de la argumentación que incorporan criterios de corrección en el uso de las normas y son controladas mediante reglas de racionalidad. Por más exhaustivas que sean las exigencias argumentativas, nada obsta para que las resoluciones judiciales sean decisiones impregnadas de una representación individual del derecho. Así, el (neo) constitucionalismo, combinado con algunos usos o abusos en las nuevas prácticas del derecho, viene a consolidarse como una ideología sobre el papel que debe desempeñar el derecho en la sociedad.

### **3. USOS Y ABUSOS DE LAS PRÁCTICAS JURÍDICAS EN CONTEXTOS JURÍDICOS (NEO) CONSTITUCIONALES**

Un contexto de renovación del iuspositivismo y la constitucionalización del ordenamiento jurídico provocan el surgimiento de nuevas prácticas teóricas, legislativas y judiciales que se objetivan en normas e interpretaciones con una pluralidad de formaciones discursivas. El (neo) constitucionalismo aproxima la reflexión ius-teórica a la práctica jurídica, de modo que el derecho termina relacionado con la realidad social y se hace ineludible estudiarlo desde las prácticas institucionales y no-institucionales que lo producen. Así, el derecho no es una objetividad intemporal; por el contrario, se forma a partir de las categorías de una época determinada y en la perspectiva de los individuos que lo declaran.

Los sujetos de derecho ven el horizonte de la juridicidad filtrado por precomprensiones del mundo, creencias, intereses y teorías. El sujeto jurídico, en ejercicio del derecho como práctica argumentativa y decisoria, busca acomodo en principios naturales, bienes constitucionales, normas positivas, interpretaciones jurídicas de los hechos y la constitución de pruebas, con el objeto de articular sus intereses en la estructura de una pretensión y al amparo de la legislación vigente. En consecuencia, la representación que el sujeto jurídico tiene de la normatividad, de los hechos y de los intereses permite estructurar un edificio de conceptos con el fin de ordenar el mundo de la juridicidad para responder a las exigencias de un caso concreto.

La situación descrita sugiere un análisis sobre (a) la práctica jurídica como construcción provisional de discursos y (b) la ductilidad del derecho para comprender el alcance que tiene el paradigma (neo) constitucional en su ejercicio. Estas premisas

señalan que una representación del derecho permite la actuación de concepciones sobre el hombre, la justicia, el Estado y la sociedad en la práctica jurídica. Así, los destinatarios del derecho articulan de ordenamiento jurídico para responder a la exigencia de sus intereses mediante usos legítimos del derecho.

**a. LA PRÁCTICA DEL DERECHO COMO CONSTRUCCIÓN PROVISIONAL DE DISCURSOS JURÍDICOS: LA DIALÉCTICA DE LA REPRESENTACIÓN JURÍDICA**

El derecho, como hermenéutica de los hechos y de la juridicidad, se ejerce con relativa libertad e independencia. Sin embargo, existen algunas técnicas formales y sustanciales para la producción del discurso jurídico, cuando está vinculado con una serie de procedimientos o prohibiciones. Así, el legislador acude a una técnica para estructuración de las normas; la dogmática, a distintas formas de comentario para la configuración de un discurso sistematizador e interpretativo del ordenamiento jurídico; el juez, a la reproducción de aquello que ha sido dicho en la tradición jurisprudencial. La representación jurídica supone elementos básicos del derecho como la validez, su relación con el poder, las funciones que cumple, los objetivos y los valores que realiza, la forma como se razona y se aplica. De suerte que, la representación podría coincidir con cierta concepción general del derecho.

La presunción de racionalidad o neutralidad, otorgada al poder constituyente y desentrañada por la Corte Constitucional cuando usa métodos de interpretación de acentuado interés histórico, finalista o sistemático, tampoco está exenta de una representación de la sociedad o del individuo. Cabe recordar que el constituyente de 1886, al no ocultar su vocación confesional y hacer explícita la consagración de una religión oficial<sup>10</sup>, hizo uso de una representación de la sociedad colombiana que legitimaba el poder político, señalaba pautas legislativas y le establecía una finalidad moral a la actuación de los individuos. Esta circunstancia daría a entender que la Constitución asume una única concepción del poder, del individuo y la sociedad que se refleja en los fines del Estado, la estructura o actividad de la administración y el reconocimiento de derechos a las personas. Este monismo ideológico aparente, contrario al pluralismo, en el contexto latinoamericano, ha facilitado o impedido

---

10 Roberto Gargarella hace un análisis comparativo entre las recientes constituciones latinoamericanas que, después de una acentuada inclinación confesional durante el siglo XIX, avanzan en materia de neutralidad y reconocimiento de otras formas de religiosidad. El trabajo del profesor Gargarella es una buena referencia para visualizar cómo algunas constituciones de la región hacen visible su representación del hombre o el Estado para impulsar una causa social (Gargarella, 2009: 15).

que diversas fuerzas políticas accedan al poder y le impriman otra orientación al Estado<sup>11</sup>.

Anteriormente, cuando se hacía la relación de la multiplicidad de asuntos que designa la impronta (neo)constitucionalismo, se señalaba que en un ámbito global, la Constitución era incapaz de resistir y dejaba un vacío que pone en riesgo las libertades individuales. Esto se indicó en el marco de una Constitución que consagra amplios derechos sociales y una doctrina constitucional que reivindica la existencia de un tribunal activista para protegerlos. Aquí se confirma una clara representación normativa de la manera como deben ser las relaciones sociales para lograr una convivencia justa. Sin embargo, también puede existir una Constitución que proteja los contratos, la propiedad, la libertad de comercio y la circulación de bienes. Nadie se negaría a reconocer su carácter liberal o capitalista y su intención de mantener una situación política o económica vigente en la sociedad que reproduce tantos privilegios como desigualdades.

De ninguna manera se puede creer que una representación del derecho es neutral, es decir, ajena a cualquier forma de asumir al hombre, al Estado o la sociedad, puesto que ella es producto de intensas y repetidas luchas de intereses. Se trata de una representación construida en un momento dado, que puede ser coherente o contrapuesta, aceptable o rechazada por los individuos. Esta situación se evidenció en América Latina a finales del siglo XX, cuando fueron trasplantados el (neo) constitucionalismo y el neoliberalismo como proyectos concomitantes, pese a que son contradictorios y complejos como mecanismos de reforma del Estado. La tensión entre estas dos corrientes demuestra que no se trata de un proyecto compatible, por tanto, sus relaciones han sido de cooperación o de enfrentamiento y competencia con el propósito de mantener su posición dominante (Rodríguez, 2008: 19).

---

11 En Colombia, la Constitución Política de 1991, al incorporar o restringir los mecanismos de participación política adopta de forma explícita una concepción sobre el individuo y el ejercicio de la ciudadanía. Así, mediante Acto Legislativo No. 2 de diciembre 27 de 2004, se promovió una controvertida reforma a la Constitución Política de 1991 para permitir la reelección inmediata del Presidente en ejercicio. El Congreso tenía competencia para reformar el art. 197 de la Constitución que prohibía la reelección del Presidente y la Corte Constitucional declaró exequible la reforma porque, en su concepto, el trámite cumplía los requisitos de procedimiento. Esta reforma, producto de una lucha de intereses, causó desajustes en el equilibrio de poderes del Estado al, indirectamente, incrementar el poder del ejecutivo, lo cual, asegura la permanencia de coaliciones mayoritarias en el poder y reduce la participación política de los ciudadanos. En el año 2009, se intentó promover otra polémica y cuestionada reforma a la Constitución mediante un referendo para permitir la reelección presidencial por un tercer periodo. Sin embargo, esta vez la Ley 1354 de 2009, que convocaba a un referendo constitucional, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional. Actualmente se discute la posibilidad de permitir la reelección de alcaldes y gobernadores en el país.



El derecho, además de ser objeto de conocimiento teórico, es una actividad o práctica en la cual se participa, pues el sujeto debe generar respuestas a situaciones fácticas desde las normas vigentes o desde los principios generales. Por tal motivo, el juez, el abogado y el doctrinante configuran el ordenamiento de tal forma que puedan decir algo con el derecho. No hay una configuración del ordenamiento al margen de cualquier caso o contexto social. Las normas jurídicas siempre son estructurables desde los hechos, por tanto, su interpretación no depende de lo que literalmente dicen, sino de lo que presuponen, a partir de lo que se representan los destinatarios del derecho. La representación tiene planos pragmáticos, de tal modo que un ciudadano, un juez, un político, un abogado y un sociólogo leen una legislación determinada en forma diversa.

Algunos tipos de formalismos, como por ejemplo, los de la Corte Suprema de Justicia, son una actitud frecuente en la práctica del derecho en Colombia, porque sus formas de razonamiento, la mayoría de las veces, están sometidas a exigencias intelectuales que imponen una forma de normativismo jurídico decimonónico. A esta situación se le opone el creciente aumento de las funciones del derecho en el mundo contemporáneo (Faralli, 2005). En consecuencia, el juego teórico jurisprudencial del derecho se convierte sólo en una posibilidad de las muchas representaciones que se producen en torno al fenómeno jurídico. Esta representación determina la forma como se realiza la práctica del discurso jurídico, que no es conocimiento científico, sino política jurisprudencial, teórica y legal; y, en algunas circunstancias, pura ficción y retórica.

La motivación de los actos, así se invoque como garantía al debido proceso, implica una institucionalización interpretativa del derecho. El derecho vigente no es aplicado de la misma manera ya que las sentencias no son reediciones del derecho positivo. También, la decisión sobre la interpretación no depende sólo de las disposiciones normativas sino de las posiciones intelectuales, sociales, económicas y personales que adopta el intérprete. No existe una representación unívoca del derecho, si existiera, los jueces siempre llegarían al mismo resultado y nunca habría decisiones divididas en los tribunales. El disenso legal puede ser utilizado de muchas maneras, incluso diferentes a las imaginadas por el legislador.

**b. LA DUCTILIDAD (NEO) CONSTITUCIONAL DEL DERECHO:  
DESDE EL DERECHO COMO SISTEMA DE NORMAS A LA  
ARGUMENTACIÓN JURÍDICO-POLÍTICA**

Los problemas del derecho no pueden analizarse de forma aislada, es decir, acudiendo exclusivamente a las normas que constituyen el ordenamiento jurídico. Es

necesario examinar la repercusión que los sujetos jurídicos tienen de los hechos. El derecho, lejos de ser racional, coherente y justo, como lo aduce alguna representación positivista, es arbitrario, incoherente y, en algunas ocasiones, injusto, porque los derechos y las libertades que constituye están en función de intereses políticos y económicos. El discurso jurídico encierra un mensaje político. En efecto, las ideas jurídicas son históricamente dadas, por tanto, se justifican en el contexto donde nacen y se manifiestan.

Los sujetos se representan de diversas formas una legislación, ésta puede verse como algo coherente o contradictorio, promotor u obstáculo del cambio social. La representación, en los jueces y abogados del derecho, determina las teorías que utilizan en su trabajo cotidiano e involucra formas de argumentación, fines políticos y percepciones generacionales que condicionan el alcance de sus decisiones. En estos ámbitos, se pueden encontrar decisiones que se comportan como si los derechos no existieran en absoluto.

Cuando analizan un caso, los juristas no describen el derecho, fundamentalmente intentan otorgarle una estructura que ordena las normas y su aplicación, para darle cabida a una representación del derecho. Al decir de Zagrebelsky (2007: 14 y 17), el derecho se transforma en una realidad “dúctil”, a su vez, la dogmática y la jurisprudencia se convierten en discursos líquidos<sup>12</sup>. La práctica jurídica, al abandonar rigideces legalistas, adopta una posición antiformalista en los sujetos jurídicos. La representación indica que el derecho es una realidad cultural, social y empírica de gran complejidad, pues involucra creencias y comportamientos en tanto que no es un quehacer meramente individual sino colectivo. La representación es una facticidad que depende de la voluntad, las contenciones y el contexto jurídico de los individuos que se fundamenta normativamente y es posible por la formulación de reglas y sus respectivos significados. Sin representación de hechos o juridicidad no es posible la interpretación y la comprensión del fenómeno jurídico.

La identidad teórica del derecho es una cuestión controvertida. El derecho es una pluralidad que comprende normas, actos, tratados, convenciones, costumbres y sentencias, entre otros. Así, con este conjunto de instituciones, se expresa la organización de la sociedad. La observación de la práctica jurídica de los doctrinantes, los teóricos del derecho, los jueces y los abogados, evidencia que las interpretaciones son una prescripción de combinaciones para comprender la realidad jurídica; esta composición resulta problemática por la variedad de temas, inquietudes y métodos que se yuxtaponen en sus representaciones del derecho y que les permite organizar

---

12 Este concepto es tomado de Bauman (2003). La metáfora de la liquidez intenta describir un tiempo sin certezas porque los vínculos en la sociedad son precarios, transitorios y volátiles.

u orientar el derecho de una determinada manera. Las diversas representaciones del derecho buscan ofrecer una solución a los casos no sólo concretos, sino a todos los problemas generales del derecho.

El ordenamiento jurídico puede ser visto desde perspectivas e intereses distintos, según la representación que los individuos tienen del caso o problema que deben resolver. Así, la representación que el legislador tiene del derecho es usada para alcanzar resultados generales, en los cuales, se impone la visión reguladora del Estado; el abogado usa las normas para la satisfacción de intereses particulares y, el juez, para justificar sus decisiones. Cada representación del derecho implica una lógica desde la cual se usan las normas y se articula el ordenamiento. Otro tanto ocurre con los teóricos, los filósofos, los doctrinantes y los sociólogos del derecho. En este sentido, puede plantearse que el derecho es una pluralidad de discursos con un carácter pragmático que tiene un efecto estrictamente decisorio en todos sus niveles.

Los casos jurídicos, que se pueden abordar desde diversas representaciones del derecho, tienen a su disposición una cantidad de reglas e instituciones complejas, contradictorias, generales, ambiguas o en algunos casos vagas. Desde esta perspectiva, y atendiendo a las exigencias políticas, sociales o económicas del contexto, no siempre hay un acuerdo sobre la naturaleza de los hechos y el alcance de las normas. Definir qué son o qué dicen las disposiciones normativas es necesario, pero no suficiente, para realizar una práctica jurídica. Ante todo, es indispensable saber cómo se aplican las normas a fin de conocer los problemas que se presentan en la manera como se usan y en las decisiones que gravitan para la solución de casos.

Con razón, Carrió (1995: 57) señala que “[p]odemos distinguir, en primer lugar, entre el conocimiento de las normas jurídicas, por un lado, y el uso (del conocimiento) de esas normas, por otro. Conocer las normas es saber qué prohíben, qué ordenan, qué autorizan. Usar (el conocimiento de) una o más normas, o, más sencillamente, usar esas normas, es valerse de ellas para alcanzar ciertos resultados, emplearlas como herramientas en vista de la realización de ciertos fines”. Desde este criterio, el profesor argentino eleva una fuerte crítica a la enseñanza universitaria del derecho, porque no posibilita la obtención de resultados con las normas jurídicas. Así, el derecho aparece como una actividad técnica y no exclusivamente teórica, que exige el uso de ciertas reglas prácticas para el manejo de las disposiciones normativas.

La práctica jurídica, en todos sus niveles, consiste en asumir una representación del derecho, y desde ésta, usar términos, conceptos y principios para responder a determinado género de problemas. En apariencia, los problemas jurídicos tienen una “respuesta asegurada por el ordenamiento jurídico”. En algunos momentos

históricos existen representaciones dominantes del derecho, como en el caso del iusnaturalismo, el iuspositivismo y el iusrealismo. Sin embargo, el derecho es una compleja actividad que se abre a cuestiones de resonancia económica, política y social.

En el caso colombiano, López Medina ha descrito, a través de la técnica de la línea jurisprudencial, la manera como fluctúan los criterios de la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales e interpretación constitucional. En efecto, esto evidencia que “... *el derecho positivo es tan sólo un marco en el que diferentes actores explotan (a) la indeterminación de una norma singular o (b) las contradicciones valorativas en las que incurre un sistema complejo de derecho (como el nuestro) cuando se constata que sobre un mismo problema jurídico, orbitan varias normas en competencia. Estas dos características del sistema de derecho permiten que diferentes actores desplieguen proyectos ideológicos, políticos o culturales que sobrepasan, en mucho, el análisis meramente legalista de la cuestión*” (López Medina, 2007: XX).

No existe una representación que configure las relaciones entre teoría del derecho, filosofía del derecho y ciencia jurídica o dogmática. La representación del derecho como una experiencia jurídica no tiene un ámbito específico, ella está asociada a la moral, a la política y a la economía. En efecto, García Amado (1999: 27) plantea que el derecho debe entenderse como un fenómeno pluridimensional, polimorfo y complejo, que participa de realidades distintas y puede examinarse en sus dimensiones ideales, empíricas, normativas, valorativas, psicológicas, sin que sea reducido a ninguna de ellas. Además, la filosofía del derecho debe asumir un carácter pragmático, pluralista e interdisciplinar con el fin de alcanzar una perspectiva más amplia y global.

En el pensamiento de los juristas existe un dualismo metodológico: por un lado, está su racionalidad metafísica que, desde una representación conceptual, construye la trama de instituciones que encajan perfectamente en el ordenamiento jurídico; por el otro, está el delicado y complejo proceso institucional y social que determina la aplicación y la eficacia de las normas en una sociedad. Haba (1989: 18) critica esta concepción metafísica del derecho y plantea que el platonismo jurídico se manifiesta en dos momentos: cuando el legislador configura un cuerpo normativo que realizará sus objetivos y cuando se piensa en las normas jurídicas como si se tratara de ideas jurídicas *per se*. Concebir al derecho como abstracciones, conduce a una separación irreconciliable entre teoría y práctica que impide comprender y analizar la juridicidad de los hechos que constituyen los derechos y las obligaciones de los individuos. Al derecho no se le puede desconocer su carácter práctico para ajustarlo a la lógica de un saber pragmático, so pretexto de realizar análisis del lenguaje normativo.

#### 4. CONCLUSIONES

La existencia de sociedades complejas y el desarrollo del pensamiento jurídico han dado lugar a que el (neo) constitucionalismo impulse la transformación del ordenamiento y propugne por prácticas jurídicas distintas. Desde esta nueva tendencia, en la práctica del derecho se ha justificado la formación de discursos jurídicos que problematizan las tesis del positivismo e introducen estructuras conceptuales para expresar dinámicas flexibles y complejas en el fenómeno de la juridicidad.

La difusión de ideas antipositivistas, acompañada por la incorporación de derechos, principios materiales y la construcción de un nuevo concepto de ordenamiento jurídico, han suscitado fuertes enfrentamientos teóricos que someten a prueba la capacidad del positivismo jurídico para responder a las nuevas realidades de una sociedad plural y dinámica. Sin embargo, las tesis de algunas tendencias en el positivismo del siglo XXI reflejan preocupaciones que se conectan con el (neo) constitucionalismo y permiten concluir que muchas de sus críticas mutuas se sustentan en idealizaciones metafísicas.

El (neo) constitucionalismo lleva a una representación del derecho, en la cual, la frontera entre lo jurídico y lo no jurídico es difusa. Esto ha permitido que los tribunales constitucionales se autoconciban como llamados a resolver, con exclusividad, problemas sociales y políticos muy complejos o difíciles. A esto se adiciona que los derechos constitucionalizados o reconocidos en instrumentos internacionales enarbolan la misión institucional que el poder judicial debe cumplir para actualizar y dinamizar el derecho ante las nuevas realidades sociales.

La mitificación de la labor judicial ha sido aplaudida. Sin embargo, es posible que su nueva postura institucional adopte un estilo descontrolado. La extralimitación judicial puede otorgarle un carácter individual y relativo a la concepción de los derechos, incluso puede desvirtuar su contenido y alcance. Un sistema jurídico combina elementos que son heterogéneos, es decir, constituye un armazón de figuras contradictorias y dispares entre sí. Desde estas circunstancias, la teoría jurídica describe cómo se presenta, cómo se piensa, cómo se analiza y cómo se lleva a cabo la práctica del derecho a partir de la representación de los sujetos.

En un contexto (neo) constitucional, el ordenamiento jurídico puede ser articulado a partir de una interpretación general que reconstruye los fundamentos políticos y morales de la Constitución y que se institucionaliza en el poder judicial. La justificación de las inclinaciones ideológicas o de opciones interpretativas en el derecho se soporta en la construcción de teorías de la argumentación que incorporan criterios de corrección en el uso de las normas.

El (neo) constitucionalismo se ha consolidado como una ideología sobre el papel que debe desempeñar el derecho en la sociedad. El uso ideológico de sus planteamientos valora, en algunos casos, sesgadamente los beneficios del proceso de constitucionalización y busca su defensa o ampliación. La representación que el sujeto tiene de la normatividad, de los hechos y de sus intereses permite construir un edificio de conceptos para estructurar el mundo de la juridicidad y responder a exigencias concretas.

No se puede asumir que una representación del derecho es neutral o ajena a cualquier forma de concebir al hombre y a la sociedad. Los sujetos configuran el ordenamiento de tal forma que puedan decir o hacer algo con el derecho. La representación del derecho, en los jueces y abogados, determina las teorías que utilizan en su experiencia jurídica e involucra formas de argumentación, fines políticos y percepciones que condicionan el alcance de sus decisiones.

La práctica jurídica, en todos sus niveles, consiste en asumir una representación del derecho, y desde ésta, usar términos, conceptos y principios para responder a una clase determinada de problemas, intereses y exigencias. El derecho se convierte en un lugar de competencia donde los actores pretenden hacer valer su representación de los hechos y la juridicidad.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (2002).
- ALFONSO, Santiago. “Neoconstitucionalismo”. En: Academia Nacional de Ciencias Morales Políticas, Instituto de política constitucional. Buenos Aires (abril, 2008). Disponible online: <http://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf> (Consultado junio 8 de 2010).
- ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis (2005).
- ATIENZA, Manuel y Ruiz Manero, Juan. “Dejemos atrás el positivismo jurídico”. En: *Isonomía*, 27 (Octubre, 2007).
- ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel (2006).
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidad líquida*. Trad. M. Rosenberg. México: Fondo de Cultura Económica (2003).
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (2005).

- BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (2003).
- BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra*. (R. de Asís y A. Greppi Trads.) Madrid: Debate (1998).
- BULYGIN, Eugenio. “¿Está (parte de) la filosofía del derecho basada en un error?” *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*, 24 (2004).
- CARRIÓ, Genaro. *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso*. Buenos aires: Abeledo-Perrot (1995).
- COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. En: Carbonell, Miguel (Ed). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta (2005) Ed2.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press (1976).
- ELSTER, Jon. *Ulises desatado: estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*. Barcelona: Gedisa (2002).
- FARALLI, Carla. *La filosofía del derecho contemporáneo. Los temas y desafíos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, (2007).
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Escritos sobre filosofía del derecho*. Bogotá: Ediciones rosaristas (1999).
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia. En: Uprimny, R., Rodríguez, C. y García, M. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá. Norma (2006).
- GARGARELLA, Roberto. “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes”. En: Coloquio Derecho Moral y Política. Universidad de Palermo, Buenos Aires. Septiembre 7 de 2009.
- GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México: Fontamara (2001).
- HABA, Enrique. “Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial. Realismo jurídico como alternativa práctica al discurso normativista de los jueces”. En: *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*, 25 (1989)
- HABERMAS, Jürgen. *La constelación posnacional: ensayos políticos*. Barcelona: Paidós (2000)
- HART, H.L.A. *El Concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot (1998).
- HART, H.L.A. *Post scriptum al concepto de derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México (2000).
- KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba (2005).
- LAPORTA, Francisco. *El imperio de la ley. Una visión actual*. Madrid: Trotta (2007).

- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Bogotá: Legis (2007).
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis (2005).
- MACCORMICK, Neil y Weinberger, Ota. *An institutional theory of law. New approaches to legal positivism*. Dordrecht: Reidel (1986).
- MARTÍNEZ ZORRILLA, David. *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid: Marcial Pons (2007)
- MORESO, José Juan. “Comanducci sobre neoconstitucionalismo”. En: *Revista Isonomía* 19 (Abril, 2003).
- PRIETO SANCHÍS, Luis. “El constitucionalismo de los derechos”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 71 (mayo – agosto, 2004).
- RINCÓN SALCEDO, Javier. “La soberanía interpretativa de los tribunales constitucionales: análisis desde la perspectiva del constitucionalismo popular”. En: *Vniversitas* 115 (enero-junio, 2008).
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César. *La globalización del estado de derecho. El neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina*. Bogotá: Ediciones Uniandes (2008).
- SUNSTEIN, Cass. *Acuerdos carentes de una teoría completa en derecho constitucional y otros ensayos*. Cali: Universidad Icesi (2010).
- TOURAINÉ, Alain. *Sociedad post industrial*. Barcelona: Ariel (1969).
- UPRIMNY, Rodrigo. The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates. En: Gargarella, R. Domingo, P. y Roux, T. (Eds.) *Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?* Hampshire: Ashgate (2006).
- URIBE DE HINCAPIÉ, María Teresa. *Nación, ciudadano y soberano*. Medellín: Corporación Región (2005).
- WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons (2005).
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones filosóficas*. Trad. A. García y U. Moulines. Barcelona: Instituto de Investigaciones Filosóficas (1988).
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. M. Gascón. Madrid: Trotta (2007).







Imprenta  
Universidad de Antioquia

Teléfono: (574) 219 53 30. Telefax: (574) 219 53 32  
Correo electrónico: [imprenta@quimbaya.udea.edu.co](mailto:imprenta@quimbaya.udea.edu.co)  
Impreso en diciembre de 2010